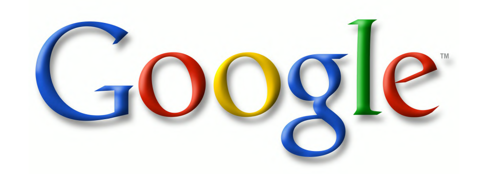
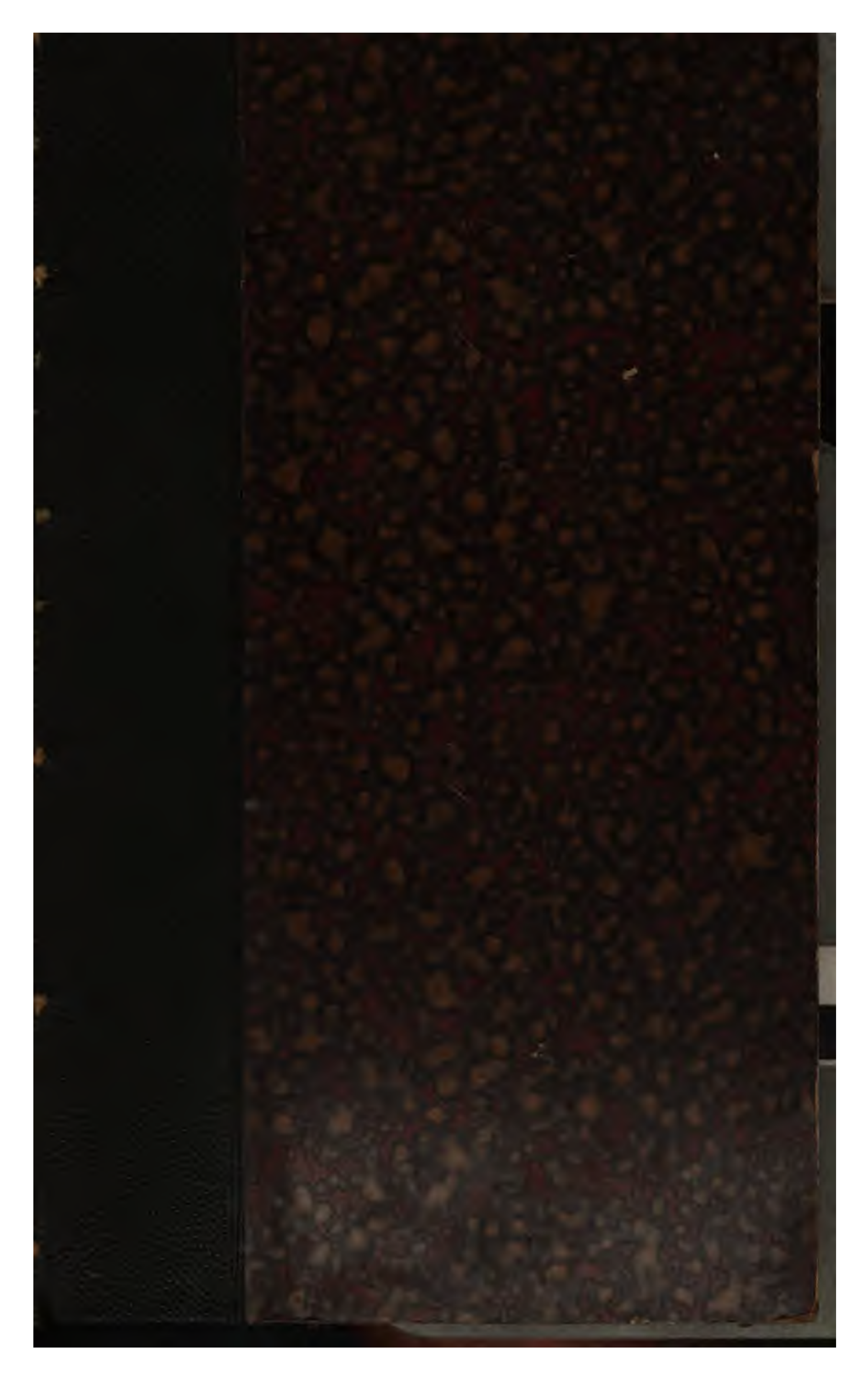
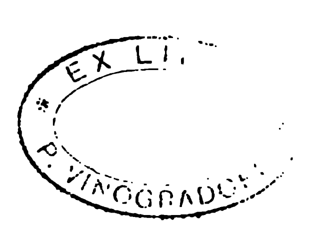





EX LI
P. VINOGRADO

Neufand

DIE

VERMÖGENSRECHTLICHEN KLAGEN

NACH DEN

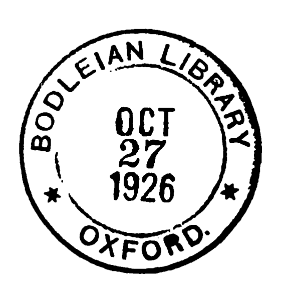
SÄCHSISCHEN RECHTSQUELLEN DES MITTELALTERS

DARGESTELLT

VON

Dr. PAUL LABAND
ORDENTLICHEM PROFESSOR DER RECHTE ZU KÖNIGSBERG

KÖNIGSBERG.
VERLAG VON HÜBNER & MATZ.
1869.



BODLEIAN LIBRARY
OCT
27
1926
OXFORD.

Vorwort.

Es ist bisher noch nicht geglückt, ein befriedigendes System der Klagen nach dem mittelalterlichen Rechte Deutschlands zu entwerfen. Obwohl der Zusammenhang des Prozessrechts mit dem materiellen Recht und die Nothwendigkeit, einen klaren Einblick in die prozessualische Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu gewinnen, allseitig anerkannt ist, so fehlt es doch für das Deutsche Recht noch vollständig an einer den Anforderungen der Wissenschaft genügenden Bearbeitung derjenigen Lehren, welche man unter der Bezeichnung „materielles Actionenrecht" zusammenfasst. Man trägt den römischrechtlichen Begriff der Klage, und damit die römisch-rechtliche Klagen-Eintheilung in das mittelalterliche Recht hinein, man spricht von dinglichen und persönlichen, von petitorischen und possessorischen Klagen u. dgl., ohne sich darüber Gewissheit zu verschaffen, ob die Grundsätze des Deutschen Rechts in diese römische Schablone passen.

Eine directe Beantwortung der Frage nach dem Klagensystem kann allerdings in den Quellen des Mittelalters nicht erwartet und gefunden werden, denn es fehlt denselben die wissenschaftliche Reflexion; es kann der Begriff der Klage, ein bestimmter Eintheilungsgrund, ein System derselben vorhanden sein', ohne im Mittelalter zum Bewusstsein und zum klaren Ausdruck gelangt zu sein. Andererseits muss man sich vorsehen, dass man nicht rein äusserliche Punkte, welche die Quellen erwähnen, weil sie in die Augen fallen, für das Wesen

der Sache halte. Man darf daher nicht hoffen, durch eine Zusammenstellung von Quellen-Aussprüchen Begriff, Wesen, Arten und Eintheilung der Klagen darlegen zu können. Allein für die Ermittlung des Klagensystems bleibt ein anderer Weg übrig, der zwar schwierig zu gehen ist, dafür aber um so reichere Ausbeute verspricht. Dieser Weg besteht darin, dass man bei allen rechtlichen Ansprüchen untersucht, in welcher Weise der Kläger sie substanziren muss, welche Einreden dem Verklagten dagegen zustehen und welche Thatsachen durch Beweis festgestellt werden müssen. Durch eine solche Untersuchung muss sich ergeben, auf welches Fundament die Klagen gegründet und welche Thatsachen für die Verurtheilung des Verklagten oder die Abweisung des Klägers entscheidend sind. Erkennt man aber erst das Fundament der Klage, so ergeben sich daraus dann von selbst die Eintheilungen der Klagen und ihre verschiedenen Arten.

Die nachfolgenden Erörterungen sollen einen solchen Versuch machen, jedoch nur auf einem beschränkten Gebiete. Ausgeschlossen sind ganz und gar die peinlichen Klagen, deren Eintheilung und Systematik übrigens keine erheblichen Schwierigkeiten darbietet; und auch von den bürgerlichen (privatrechtlichen) Klagen sind nur die vermögensrechtlichen in Betracht gezogen, als die wichtigsten, schwierigsten und interessantesten.

Zu Grunde gelegt sind dabei die Rechtsquellen aus der zweiten Hälfte des Mittelalters aus dem Gebiete des sächsischen Rechtes im weitesten Sinne des Wortes. Es ergab sich bei vielen Materien, dass diese Rechtsquellen untereinander im Einzelnen keineswegs übereinstimmen, ja bisweilen tief eingreifende Gegensätze zeigen. Daher sind die verschiedenen Gruppen, wo es erforderlich war, streng auseinander gehalten worden. Andererseits sind aber auch fränkische und süddeutsche Rechtsaufzeichnungen zur Vergleichung mit herangezogen worden. Denn so

wichtig es ist, sich vor Verallgemeinerung der in einer Rechtsquelle ausgesprochenen Sätze zu hüten, und so unbestreitbar viele Irrthümer und Zweifel der Doctrin lediglich darauf zurückzuführen sind, dass man den Aussprüchen des Sachsenspiegels oder der Magdeburger Rechtsquellen allgemeine Gültigkeit zuschrieb, so sehr widerspräche es doch der Aufgabe der Deutschen Rechtsgeschichte, wenn sich die Forschung auf die particulären Rechtsbildungen und Besonderheiten zersplittern und beschränken würde. Nicht nur der Reichthum der particulären und localen Gestaltungen muss zur Anschauung gebracht werden, sondern auch die allen Particularrechten gemeinsamen Grundgedanken, die wirklich nationalen Bestandtheile des Rechts müssen aus den zahlreichen Erscheinungsformen herausgefunden werden. Auch für das Sachsenrecht war es überall unser Bestreben, sowohl die gemeinrechtlichen Grundlagen als auch die particulären Besonderheiten der einzelnen Rechtsinstitute ins Licht zu stellen.

In Betreff der Literatur war es geboten, in der Widerlegung abweichender Ansichten eine grosse Selbstbeschränkung sich aufzulegen, wenn nicht die Darstellung an Klarheit und Uebersichtlichkeit Einbusse erleiden sollte. Bewährten Autoritäten gegenüber und insbesondere gegenüber solchen Arbeiten, die einen weitverbreiteten und nachhaltigen Einfluss ausgeübt haben, war es freilich unerlässlich, den Widerspruch zu motiviren; dagegen ist eine Polemik gegen Behauptungen, die entweder schon von Andern widerlegt oder die mit Recht unbeachtet geblieben sind, zumal wenn sie ohne Beweise aufgestellt worden sind, vermieden worden. Gar leicht verbirgt sich der Mangel einer soliden Begründung der eigenen Ansicht hinter einer blendenden Kritik entgegenstehender Behauptungen; die bessere Methode ist ohne Zweifel die, aus den Quellen selbst die eigene Theorie, so gut es geht, zu erweisen, und dem sach-

verständigen Leser dann die Schlussfolgerung zu überlassen, in wie weit dadurch abweichende Theorien widerlegt werden.

Der Ruhm, das in den Quellen enthaltene, sehr umfangreiche Material mit absoluter Vollständigkeit verwerthet zu haben, wird für die folgenden Untersuchungen nicht in Anspruch genommen; auch wird die Arbeit den Fachgenossen ohne den eitlen Wahn vorgelegt, in allen Punkten das absolut Richtige getroffen zu haben. Das darin entworfene Klagensystem, das für jede Art von Klagen entwickelte Fundament derselben und die Ausführungen über die Substanzirung der Klagen, über die Einreden und das Beweisurtheil sind gewiss im Einzelnen vielfacher Ergänzung und Verbesserung fähig und bedürftig. Die Arbeit wird aber dessenungeachtet nicht fruchtlos sein, wenn nur der neue Weg, welcher eingeschlagen worden ist, um zu einer Erkenntniss des mittelalterlichen Rechtssystems zu gelangen, als ein zum rechten Ziele führender sich ausweist.

Königsberg i. Pr., im October 1868.

Inhalts-Uebersicht.

Seite.

Einleitung

§ 1. Der Begriff der Klage 1

Erstes Capitel.

Die Klage um Geldschuld.

§ 2. Unsubstanzirte Klagen 10
§ 3. Unsubstanzirte Klagebeantwortung 17
§ 4. Vorbringen von Thatsachen und Rechtssätzen 21
§ 5. Substanzirte Klagen. — Eid des Klägers 25
§ 6. Fortsetzung. — Klagen mit Gerichtszeugniss 29
§ 7. Fortsetzung. — Klagen mit Privatzeugniss 33
§ 8. Der Zeitpunkt der Klagensubstanzirung 41
§ 9. Das Beweisurtheil 43

Zweites Capitel.

Die Klagen um Mobilien.

I. Abschnitt. Allgemeine Lehren.

§ 10. Begriff und juristischer Character 50
§ 11 Die Passivlegitimation und der Anspruch auf Ersatz des Werthes 58
§ 12. Eintheilung und Arten. — Actio in rem scripta und die Regel „Hand muss Hand wahren" 68
§ 13. Fortsetzung. — Schlichte Klage und Anefang 90
§ 14. Uebersicht der Klagen um fahrende Habe 104

II. Abschnitt. Klage auf Rückgabe abhanden gekommener Mobilien.

Seite.
§ 15. Im Allgemeinen 106
§ 16. Die Substanzirung der Klage 108
§ 17. Die Vertheidigung des Beklagten 118

III. Abschnitt. Klage auf Rückgabe anvertrauter Mobilien.

§ 18. Die Substanzirung der Klage 132
§ 19. Die Vertheidigung des Beklagten 139

IV. Abschnitt. Klage auf Uebergabe angeschaffter Mobilien.

§ 20. Klage, Einreden und Beweisrecht 149

Drittes Capitel.

Die Klagen um Immobilien.

I. Abschnitt. Allgemeine Lehren.

§ 21. Die Parteirollen 155
§ 22. Die Gewere an Immobilien 158
§ 23. Das Prinzip für die Beweisvertheilung 166
§ 24. Die Eintheilung der Prozesse um Immobilien 172

II. Abschnitt. Die Prozesse zur Erhaltung des Besitzstandes.

1. Unterabschnitt. Eine Partei ist im unbestrittenen Besitz.

§ 25. Grundsätze 174

2. Unterabschnitt. Beide Parteien schreiben sich den Besitz zu.

§ 26. Allgemeines 182
§ 27. Die Behauptung unrechtmässiger Besitzentsetzung 184
§ 28. Die Behauptung älteren Besitzes 201
§ 29. Beide Theile behaupten gleiche Gewere 205

III. Abschnitt. Die Prozesse zur Gewinnung des Besitzes.

Seite.

§ 30. Uebersicht 233

1. Unterabschnitt. Klagen aus Rechtsgründen in der Person des Besitzers.

§ 31. Klagen auf Grund von Veräusserungs-Verträgen 235
§ 32. Klagen auf Restitution zeitweilig eingeräumter Grundstücke . 252
§ 33. Klagen auf Grund eines Delicts des Besitzers 255

2. Unterabschnitt. Klagen aus Rechtsgründen in der Person des Auctors des Besitzers.

§ 34 Voraussetzungen der Klage 259
§ 35. Die Substanzirung der Klage 279
§ 36. Die Vertheidigung des Beklagten 282
§ 37. Fortsetzung. Rechte Gewere. Materielles Recht 292
§ 38. Fortsetzung. Rechte Gewere. Prozessualische Gestaltung . 336

3. Unterabschnitt. Klagen aus dem Erbrecht.

§ 39. Begriff und Voraussetzungen 353
§ 40 Die Erbeslegitimation 362
§ 41. Die Klage des Universalerben 369
§ 42. Die Klagen auf Grund eines speziellen Erbrechtstitels . . . 382

Anhang.

§ 43. Prozesse um Grundstücke zwischen zwei Nichtbesitzern . . . 403

Einleitung.

§ 1. Der Begriff der Klage.

Das Wort *actio* hat im Römischen Rechte eine doppelte Bedeutung, die man als die materielle und die prozessualische einander gegenüberstellen kann. Im prozessualischen Sinn bedeutet es die gerichtliche Erhebung eines Rechtsanspruchs, einen prozessualischen Act, der die Einleitung eines Rechtsstreites bildet, eine concrete Erklärung, die man hören oder lesen, also sinnlich wahrnehmen kann. Die materielle Bedeutung von *actio* ist Klagerecht. In diesem Sinne ist *actio* ein abstracter Begriff; es bezeichnet einen Theil des objectiven Rechts oder eine darauf beruhende, subjective Befugniss; nichts sinnlich Wahrnehmbares, sondern etwas geistig zu Erfassendes. Es ist allgemein bekannt, dass die Ausdrücke *actio competit*, *actio datur*, *actio est*, *actionem habet* in den Römischen Rechtsquellen gewöhnlich nicht bedeuten, dass Jemand klagt, sondern dass Jemand einen im Wege des Prozesses durchführbaren Anspruch hat. Diese doppelte Bedeutung des Wortes *actio* ist nichts Aeusserliches und Zufälliges; die durch die Sprache bekundete Identität von Klage und Recht ist in Wirklichkeit vorhanden. Die objectiven Rechtssätze treten in der plastischen Form von Klagerechten in die äussere Erscheinung. Während ein Recht bis zur Klage gewissermassen in einem ruhenden, indifferenten Zustand sich befindet, wird es durch Erhebung der Klage lebendig, activ thätig; es entfalten sich die in dem Rechte liegenden Kräfte. Aber das Recht selbst

und die zur Geltendmachung desselben dienende Klage sind begrifflich dasselbe juristische Wesen.

Daraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit das römische System der benannten Klagen und das Eintheilungsprinzip der Klagen. Jedes Rechtsinstitut hat seine Klage. Dem Gegensatz dinglicher und persönlicher Rechte entspricht die Eintheilung in dingliche und persönliche Klagen, und zwar hat jedes einzelne dingliche Recht, jedes Contractsverhältniss, jede durch Delict begründete Forderung eine besondere, die objectiven Regeln, welche jenes Recht normiren, in sich tragende Klage.

Dem Deutschen Recht ist eine derartige Auffassung der Klagen fremd. Nirgends findet man in den Quellen auch nur eine Andeutung davon, dass jedes Rechtsinstitut eine ihm eigenthümliche, spezifische Klage erzeuge. Es fehlt die Abstraction, welche in dem prozessualischen Act nur den Reflex des materiellen Rechts erblickt; man hält sich an die sinnlich-naive Wahrnehmung, an das unmittelbare Verlangen, welches sich in der Klage ausspricht. Der Begriff der deutschen Klage ist die Anrufung der richterlichen Hülfe, dem Kläger das zu verschaffen, worauf er Anspruch erhebt. Obwohl die deutschen Rechtsquellen sich nicht darauf einlassen, eine Definition der Klage zu geben, so enthalten sie doch mehrfach eine Bestätigung dieser Begriffsbestimmung.

Das Contumazialverfahren verlangt eine dreimalige (resp. viermalige) Klage; jeder Executionsantrag wird Klage genannt, obwohl kein Rechtsstreit mehr zu entscheiden, sondern lediglich ein festgestellter Rechtsanspruch zu vollstrecken ist[1]); da bei der Execution dem Schuldner mehrere Fristen gewährt werden, so unterscheiden die Quellen die erste, zweite,

---

1) Vgl. z. B. System. Schöffenr. III. 2. c. 77. *wirt eynym manne ... syn erbe und gut abegeclait umme schult;* ebendas. c. 78: *Irclagin leute eynis mannis erbe und vorkoufens vor ir gelt.* Siehe auch v. Meibom. Pfandrecht S. 434.

dritte (vierte) Klage, indem jede Erneuerung des klägerischen Gesuches um Rechtshülfe Klage heisst [2]).

Sowie der Antrag auf gerichtliche Hülfsvollstreckung Klage genannt wird, nachdem eine Klage im Sinne des heutigen Prozesses längst angestellt ist, so wird das Begehren richterlicher Hülfe auch als Klage bezeichnet, bevor es zur eigentlichen Klage kömmt. In diesem Sinne ist in peinlichen Sachen das Gerüfte der Klage Beginn [3]) und in bürgerlichen Sachen ist *„dy beseczunge des richters eyn begin der clage.“* [4]).

Andererseits wird die Klage in Gegensatz gesetzt zur Rüge [5]), zu aussergerichtlicher Berühmung von Ansprüchen [6]), zu gerichtlichen Protestationen oder Verlautbarungen von Rech-

---

2) Fast jede grössere Quelle bietet Beweisstellen. Man vergl. z. B. Richtst. Landr. c. 7. Freyberger Statuten (bei Schott Samml zu den deutschen Land- u. Stadtrechten. Bd. III.) S. 162: *„wen iz also verre kumen si, daz daz die dritte clage si, tu he is nicht, der richter sulle is im gehelfen.“* Ebendas. S. 169: *„so mag der gast einis urteilis vragen, wen he dristunt geklaget habe, ab he im binnen dinges nich gelde, wer im zu rechte pfandes sulle helfen vor sine gulde.“* Eisenacher Gerichtsleufft. 40. (Ortloff Samml. Deutsch. Rechtsquellen II. S. 365). *Eyn yglicher, der dae thut eine klage fur gericht und czu der andern oder zu der dritten klage von seuche wegen nicht magk fur gericht komen.* Statuten von Nordhausen III. 82 (herausgeg. v. Förstemann S. 70). Glosse zu Sachsensp. I. 70. Bremer Stat. v. 1303. c. 22 (Oelrichs S. 78) *„to der verthen clage“*. — Sehr häufig begegnet man dem Ausdruck *clagen von dinge zu dinge*. System. Schöffenr III. 2. c. 122. IV. 2. c. 52. Magdeb. Fragen II. 2. d. 3 a. u. oft.

3) Sachsensp. I. 62 § 1. Denn es ist eine Anrufung der Rechtshülfe. Lüb. Recht (Hach) Cod I. art. 100: *si clamor auditus fuerit vel judicium advocatum.* Nicht nur von dem Verletzten selbst, sondern auch von den Gerüftsleuten wird gesagt, dass sie klagen. Mühlhäuser Rechtsbuch (herausgeg. v. Förstemann) S. 8. Hören Leute das Geschrei der genothzüchtigten Frau und wollen sie es *ir nicht cundigi noch clagi alsi recht is, werdin su iz ubirzugit mit drin vrin naciburin . . . den sal min wellindi blic in uri orin giezi.*

4) Systemat. Schöffenr. II. 2. c. 31.

5) Sachsensp. I. 2. § 4.

6) Nordhäuser Weisthum bei Förstemann. Neue Mittheilungen aus dem Gebiet histor.-antiquar. Forsch. Bd. I. Heft 3. S. 60. Rechtsbuch nach Distinctionen. I. 43. d. 1.

ten [7]). Eine gerichtliche Klage-Anmeldung oder Darlegung von Ansprüchen ohne den Antrag, dem Kläger zum Recht zu verhelfen, gilt nicht als Beginn der Klage. Die Magdeburger Schöffen erklären auf eine Anfrage [8]):

Hat der der euch besaget hat vor dem richter gerichtis nicht obir euch gemuth, zo heyszet das keyne clage.

Weichbildrecht (Mühler) [9]) art. 65. *Swenne ein kumt vor gerichte und sprichet, her schultheize, ich wolde clage, nu haben mich mine vrunt gebeten, das ich mine clage wolle beste laze. Lat mi ein recht orteil werde, ab mir iz icht schade zu mime rechte. Da mit hat he siner clage nicht begunt.*

Demgemäss enthält die Klage ausdrücklich die Bitte des Klägers, ihm zu richten[10]) d. h. zum Recht zu verhelfen. So heisst es beispielsweise in der Formel im

Richtst. Landr. 31 § 3. *Her richter, so steit hir N. unde claget . . . . unde biddet rechtes gerichtes over den vorbenomeden misdedigen man*

und im cap. 7 des Görlitzer Codex des Richtsteigs (Homeyer S. 385).

Hi stet ein N. und claget ubir einen ticium, daz er im schuldig si 10 marg von rechter schult wegen und begert gerichtis und einer antwort.

Man klagt dem Richter das Unrecht, welches man erlitten hat oder erleidet, und verlangt Abhülfe oder Bestrafung. Am deutlichsten tritt der Zusammenhang der juristischen Bedeu-

---

7) Naumburger Statut von 1337. c. 15 bei Mühler. Deutsche Rechtshandschriften. S. 66.

8) Wasserschleben. Sammlung Deutscher Rechtsquellen. Bd. I. S. 160. c. 25.

9) a. a. O. S. 55.

10) Ueber diese Bedeutung des Wortes „*Richten*“ vgl. Homeyer im Gloss zum Sachsensp. (3te Ausg.) S. 470. Gleichbedeutend wird *rechtes* oder *gerichtes helpen* gebraucht.

tung des Wortes „klagen" mit der vulgären, nicht technischen Bedeutung in den emphatischen Formeln der peinlichen Klagen hervor[11]); aber auch bei den bürgerlichen Klagen wird bei der Anstellung derselben weniger das Recht des Klägers, als das Unrecht des Verklagten hervorgehoben. Der Kläger behauptet, dass der Gegner ihm Geld schuldig sei und nicht bezahle, oder dass er ihm seine fahrende Habe vorenthalte[12]) oder sich seines Gutes mit Unrecht unterwunden habe[13]).

Der Schwerpunkt der Klage liegt in dem Begehren des Klägers. Das Verhältniss von Klagebegründung und Klageantrag ist im Deutschen Prozess grade das entgegengesetzte wie im Römischen. Im Römischen Prozess legt der Kläger sein Recht dar; die Verurtheilung des Verklagten ist eine blosse Consequenz davon. Die Verpflichtung des Verklagten ist in dem Recht des Klägers logisch begründet, wie die Frucht enthalten ist in dem Keim. Im Deutschen Prozess bildet die vom Verklagten verlangte Leistung, seine Schuld, den Ausgangspunkt; das Recht des Klägers, aus welchem der Anspruch sich herschreibt, hat erst secundäre Bedeutung.

Daraus erklärt es sich, dass die Deutschen Rechtsquellen mit grosser Uebereinstimmung die Klagen nicht nach dem Rechtsgrunde, sondern nach dem Object eintheilen. Die Klage characterisirt sich nach dem, was der Kläger fordert, wozu

---

11) Homeyer Richtst. Landr. S. 444.

12) Richtst. Landr. c. 16. *Her richter, ic clage gode und ju, dat peter mi vorholt mine have.*

13) Ebendas. c. 23 § 1. *Her richter, so claget he ju, dat N si gekomen und heft sic sines deles underwunden.* c. 25 § 1. *Her richter, N. de claget dat N. sic underwunden hebbe sines eigens, des he wardende was na N. dode.* Vgl. c. 26 § 1. Rechtspr. bei Wasserschleben I. S. 369 c. 17. *Tyczman spricht gar bescheydenlich: daz ym ungemach geschen is bey nacht und nicht bey tage, daz seinen leuthen ist genomen das ore frevelich unde geweldeclich in seyne veterliche gute an schepphin teylunge unde an allis rechte.*

ihm der Richter verhelfen soll, nicht nach dem Grunde, aus welchem er es fordert.

Die bürgerlichen Klagen zerfallen nach dem Richtsteig Landr. in drei Klassen; *clagen umme scult* d. h. um Geld (cap. 6—10), *clagen um varende have* (cap. 11—17) und *clagen uppe lengut, eigen und erve* (c. 18—27), also um Grundstücke.

Sachsensp. III. 79 § 2 nennt nebeneinander die Klage *up erve oder uppe gut oder umme scult* und I. 70 § 1. u. 2 hebt den Gegensatz der Klage *uppe gut* und der Klage *umme scult* und II. 3 § 1 u. 3 einen Unterschied der Klage *umme egen oder len* und den Klagen *um al ander sake* hervor. In derselben Weise werden die Klagen eingetheilt im Kleinen Kaiserrecht I. c. 15. Auch Purgoldt's Rechtsbuch VII. c. 21. 22 erörtert den Unterschied der Execution gegen Frauen und Mädchen bei Klagen *um gut* und bei Klagen *umb schult.* Das Rechtsbuch von Mühlhausen S. 18 stellt zusammen *di clagen ummi guit eder ummi gelt.* Im Brünner Schöffenbuch wird unterschieden die *causa pecunialis* und die *causa realis* und beide werden der persönlichen oder peinlichen Klage gegenübergestellt.

c. 448. . . . „*nec in causa pecuniali, quae est de bonis mobilibus, nec in causa reali, quae est de bonis immobilibus sed tantum in causa personali et (vel) criminali, sicut est homicidium*“ *etc.*[14]).

Das Bremer Stadtrecht von 1428 behandelt III. c. 18. 19. *die claghe umme gheld;* im c. 20. 21. die *claghe umme varende have*[15]). Denselben Gegensatz heben die Freyberger Statuten 49 § 30. 31. (Schott III. S. 284) hervor: *Wirdit ein man beclait umme gelt . . . . . Ist abir daz ein man dem andirn schult gibt einir sache.*

---

14) Dieselbe Unterscheidung findet sich im cap. 29 u. im cap. 685.
15) Ölrichs S. 373.

Ausser solchen Stellen, welche die verschiedenen Klagen neben einander stellen und dadurch das Eintheilungsprinzip besonders deutlich hervorheben, giebt es noch unzählige andere, in denen eine Klage nach dem Gegenstande, um welchen der Prozess geführt wird, bezeichnet wird als *clage um varende have (um quick, ros, heu, gerade* u. dgl., *ansproche eynis pferdis, gesmidis* u. a.) oder als *clage um schult* oder *gelt* oder als *clage um eigen, erve, len, czinsgut* u. s. w.

Dagegen vermisst man in den Quellen des Mittelalters eine Characterisirung der Klagen nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniss und insbesondere die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Klagen. Der der römischen Bezeichnung *actio in rem* scheinbar entsprechende Ausdruck *clage up gut* hat gar keinen Zusammenhang mit der juristischen Natur des Rechts des Klägers, sondern er bezieht sich nur darauf, dass das bezeichnete Gut vom Kläger in Anspruch genommen wird. Der Ausdruck umfasst daher ebensowohl jedes Executions- oder Arrestgesuch, das auf ein bestimmtes Vermögensstück gerichtet ist[16]), als eine der Römischen Vindication entsprechende Klage. Nur höchst selten, in Rechtsquellen, welche von Römischem Recht beeinflusst sind, finden sich die lateinischen Ausdrücke *actio in rem* und *actio in personam;* und selbst von ihnen ist es nicht zweifellos, ob sie in dem Sinne des Römischen Rechts gebraucht werden, oder ob die der Deutschen Anschauung entsprechende Bedeutung ihnen untergeschoben wird[17]).

---

16) Behrend Magdeb.-Stendaler Urtheilsbuch. Urth. 2 Note i. S. 8 ff.

17) Brünner Schöffenb. 572. *Eos qui accipiunt pignora, dum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constitit.* In ähnlicher Weise wird aber im cap. 167 i f. unterschieden zwischen der *obligatio vel promissio personalis* und *realis* und von einer Handfeste wird im c. 583 berichtet, dass sie zwei Artikel enthalte, *quorum primus est personalis, quia super debitis, secundus autem realis, qui super hereditatem . . . . est conscriptus.* Zweifelhaft ist

Man würde daher vergeblich den Versuch machen, aus den Deutschen Rechtsquellen ein Klagensystem nach Römischem Muster herzustellen, d. h. für jedes Rechtsinstitut die ihm entsprechende Klage zu entwickeln. Für kein einziges Recht würde es glücken, eine ihm spezifische Klage aufzufinden, und ihre Voraussetzungen, prozessualische Gestaltung und Wirkungen aus den jenes Rechtsinstitut beherrschenden Regeln abzuleiten. Man muss vielmehr den in den Quellen selbst ausgesprochenen Eintheilungsgrund adoptiren, wenn man der Gefahr entgehen will, vorgefasste Ansichten in die Quellen hineinzutragen, anstatt die, das Deutsche Recht wirklich beherrschenden Gedanken, aus ihnen zu ermitteln.

Der wichtigste practische Unterschied zwischen den in den Quellen hervorgehobenen Klage-Arten besteht in der Execution, die eine verschiedene ist, je nachdem der Kläger die Zahlung von Geld, die Herausgabe von Mobilien, die Besitzeinräumung von Grundstücken fordert. Die Eintheilung der Klagen ist eigentlich eine Eintheilung der Executions-Anträge, entsprechend dem oben hervorgehobenen Prinzip, dass der wesentliche Kern des Klagebegriffs die Anrufung richterlicher Hülfe ist. Es versteht sich nun aber von selbst, dass der Richter die Hülfe nicht thun kann, ohne dass die Schuld des Verklagten festgestellt wird. Es ist zwar denkbar, dass die Anrufung der richterlichen Hülfe ohne Darlegung der rechtsbegründenden Thatsachen geschieht, aber jedenfalls muss der Verklagte die Befugniss haben, seine Schuld zu bestreiten oder sich zu rechtfertigen; und der Kläger wird in diesem Falle

---

es auch, in welchem Sinn der Ausdruck in der Urk. v. 1231 bei Seibertz Urkundenb. des Herzogth. Westph. I. Nro. 192 gebraucht wird. Die Mönche zu scheida verkaufen ein Gut, *spondentes, quod omnem actionem personalem sive realem, quae in eandem ecclesiam* (die Käuferin) *ratione praedictorum bonorum fuerit intentata, penitus absolvemus, plenariam warandiam ipsorum praestantes.*

nur dann die richterliche Hülfe erlangen, wenn er seinen Anspruch begründet.

Wenngleich daher die Deutschen Quellen die Klagen nicht nach dem Rechtsgrunde eintheilen, so wäre es doch ganz verfehlt, daraus zu folgern, dass die Klagen des Deutschen Rechts überhaupt kein bestimmtes Fundament haben. Das Fundament kann ein anderes sein, als im heutigen und im Römischen Rechte; aber es muss gewisse Behauptungen gegeben haben, deren Aufstellung und Beweis einerseits wesentlich und andererseits genügend war, damit der Richter dem Antrage des Klägers Folge gebe. Glückt es für die verschiedenen Klage-Gattungen diese Behauptungen zu ermitteln, so darf man hoffen, dass damit zugleich der Schlüssel gefunden sei für das Verständniss des so schwer zu entwirrenden Beweissystems.

Zunächst ist aber das Fundament der Klagen für uns noch eine unbekannte Grösse. Wir können es daher nicht zum Ausgangspunkte nehmen, sondern, so wenig es auch unseren heutigen Anschauungen von der Systematik des Rechts entsprechen mag, man muss es über sich gewinnen, im Anschluss an die Quellen, die Klagen nach ihrem Gegenstande zu sondern. Demgemäss zerfallen die folgenden Erörterungen in drei Capitel: Klagen um Geldschuld, um Mobilien und um Immobilien[18]).

18) Dieselbe Eintheilung hat Planck seiner ausgezeichneten und mit Recht berühmten Abhandlung über das Recht zur Beweisführung in der Zeitschrift für Deutsches Recht von Beseler, Reyscher und Wilda. Bd. X. S 205 ff. zu Grunde gelegt, und zur Rechtfertigung S. 239 Note 70 bemerkt, „dass ein System der Deutschen Klagen so schwer zu finden sei, weil der Eintheilungsgrund des Römischen Systems nach dem Klagegrund nicht passt.“ Siehe auch Bluntschli in der Kritischen Ueberschau. Bd. VI. S. 192, 197.

Erstes Capitel.

Die Klage um Geldschuld.

§ 2. Unsubstanzirte Klagen.

Jede Klage des heutigen Rechts ist bekanntlich zurückzuführen auf einen logischen Syllogismus. Den Obersatz bildet eine Rechtsnorm oder vielmehr die Summe des gesammten objectiven Rechts, welches zur Entscheidung des Prozesses in Anwendung zu bringen ist; den Untersatz die Geschichtserzählung d. i. das factische Material des Falls; den Schluss bildet der Klageantrag. Die Klage des mittelalterlichen Deutschen Prozesses hat diese Structur eines logischen Syllogismus nicht. Dieselbe kann schlechtweg in der Behauptung bestehen, dass der Verklagte eine gewisse Leistung oder Zahlung zu machen, eine gewisse Sache herauszugeben, schuldig sei. Der Klageantrag ist nicht das Resultat einer logischen Schlussfolgerung, und ist nicht darauf gerichtet, das Recht des Klägers anzuerkennen oder festzustellen, sondern er geht darauf, das vom Kläger behauptete Recht zu verwirklichen.

Wenn Jemand eine Schuld einklagt, so genügt die Behauptung des Klägers, der Verklagte sei ihm die geforderte Summe schuldig. Es werden in den meisten Fällen, ehe es zur Klage kömmt, aussergerichtliche Verhandlungen, Mahnungen und dergleichen zwichen den Parteien stattgefunden haben, aus denen der Verklagte den Grund des Klage-Anspruchs bereits kennt; oder es wird ihm sonst nach den zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Beziehungen bewusst sein, woher sich der Anspruch des Klägers schreibt. Eine Erörterung dieser Beziehungen vor Gericht ist nicht wesentlich, wenn die Parteien sie nicht herbeiführen; es genügt die nackte Behaup-

tung der Schuld, die nackte Ableugnung derselben, d. h. die Gegenbehauptung der Nichtschuld.

Nur wenn der Verklagte es ausdrücklich verlangt, muss der Kläger angeben, woher die Schuld stammt. Es war dies ein gemeinrechtlicher Satz, der sowohl nach Landrecht als nach Weichbildrecht galt und hinsichtlich dessen Magdeburgisches, Obersächsisches und Niedersächsisches Recht unter einander übereinstimmten.[1])

Sachsensp. III. 41. §. 4: *Svelk man vor gerichte gelt vorderet up enen andern, vraget jene war af man't ime sculdich si, he sal durch recht secgen, weder he't von gelovede scüldich si oder von erve dat he untvangen hebbe.*

Vgl. Richtsteig Landr. c. 6. a. E; c. 38. §. 5. Urth. der Mannen zu Donyn bei Wasserschleben Samml. deutscher Rechtsquellen I, S. 365 c. 12.

Für das Magdeburgische Rechtsgebiet wird der Satz bezeugt im Magdeb.-Görlitzer R. v. 1304 Art. 101. Weichbildrecht Art. 34. 100 §. 2. Systemat. Schöffenrecth III. 2. c. 24. Glogauer Rechtsbuch c. 487. Prager Rechtsbuch c. 64.

Man vergleiche ferner Freyberger Statuten 49, 26. (Schott. Deutsche Land- und Stadtrechte III. S. 283) *Ein iclich man muz benennin, warum he im die scult sculdich si ab is iener mutet.* — Goslar. Statuten S. 69. Z. 19. *Vorderet en scult vor gherichte, de scal spreken, wurvore oder wuraf de scult si, of men dat eschet.* — Brünner Schöffenbuch c. 171. — Hamburger Stadtrecht v. 1270. VI. 33. von 1292. A. x.

In allen diesen Stellen wird nachdrücklich hervorgehoben, dass der Kläger den Schuldgrund anzugeben, also seine Klage einigermassen zu substanziren, nur dann verpflichtet ist, wenn

---

1) Witte. Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. VI S. 464.

es der Verklagte fordert. Die Klageformel, welche der Richtsteig Landr. c. 7 aufführt, enthält demgemäss auch keinen Hinweis auf die Entstehung der Schuld, sondern lautet:

So claget N. over N., dat he em si sculdich tein marc unde bittet enes ordels, oft gi icht ene tur antwerde biden scolen. Dat vint me.

Dem Gericht gegenüber braucht die Entstehung der Schuld nicht nachgewiesen zu werden; der Richter konnte die Einleitung des Prozesses nicht aus dem Grunde versagen, weil der Klageantrag rechtlich oder thatsächlich unbegründet sei, sondern die Klage konnte nur auf Grund eines vom Verklagten erhobenen Widerspruchs — also nach Rede und Gegenrede — durch Urtheil abgewiesen werden.

Sachsensp. III. 16. §. 1. *Die richtere noch nieman ne mach nemanne von siner clage wisen, ane die, uppe den die clage gat.*

Rechtsb. nach Distinctionen III. 10. d. 1. *Welch man claget umbe schult zu deme andern unde spricht: „Her richter! N. ist mir so vel geldes schuldig;“ spricht denn jener: „Her richter! fraget, worumbe ich im also vel geldes schuldig sy:“ daz muss her ome benennen. Wel her des nicht tun, so vorteylt man ome dy clage.*

Die auf Verlangen des Verklagten zu gebende Klagebegründung muss in einem mündlichen Vortrage erfolgen.

Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 384 . . . *Nu hat Pauelinus Jacoff geschuldigit umme 100 schog gr. mit eynen briffe. Nu hat Jacoff eyns rechten gefrogit, ab her icht muntlich vorczelin sal, wovon dy 100 sch. herkommen ader schuldig sey. Daz hat der Schepphe geteilt, daz Pauel muntlich vorczelin sal.*

Vergl. auch Sachsensp. III. 71. § 1.

Die bisher angeführten Stellen beweisen zwar, dass die Klage in ihrem ersten Beginn ein anderes Gewand hatte als

die Klage des römischen oder des heutigen Rechts; allein sie lassen doch die Annahme zu, dass die Frage des Verklagten, woher die Schuld stamme, nur eine der vielen Förmlichkeiten sei, mit denen die Anstellung eines Rechtsstreites im Mittelalter verbunden war, dass in Wirklichkeit aber die auf Grund dieser Frage vom Kläger gegebene Erklärung als das Klagefundament anzusehen gewesen sei, welches sowohl rechtlich als thatsächlich den Klageantrag logisch begründen musste. Diese Annahme steht aber im Widerspruch mit zahlreichen, sie direct oder indirect ausschliessenden Quellenzeugnissen. Die nähere Angabe Seitens des Klägers, worauf seine Forderung beruhe, hat vielmehr lediglich den Zweck, dem Gedächtniss des Verklagten zu Hülfe zu kommen; er soll vor der Gefahr falscher Gegenbehauptungen und falscher Eide dadurch geschützt werden, dass ihn der Kläger an die Thatsachen erinnert, auf welche sein Anspruch gestützt ist. Dies deutet das Glogauer Rechtsb. c. 487 durch den Ausdruck an: „*der cleger mus on wol ynnern, und von (wovon) daz gelt her komen*“; und das Brünner Schöffenb. c. 171, wenn es dem Richter einschärft, den Kläger auf Verlangen des Verklagten zu einer Erklärung anzuhalten *qualiter et quo loco et tempore* die Obligation entstanden sei.

Unzweifelhaft wird dies ausgesprochen in den Distinctionen III. 10 d. 1., welche Stelle nach den oben citirten Worten fortfährt:

spricht her (der Kläger) aber, dy schult ist mir angestorben, ich finde sy also beschrieben, adder ich ben or alzo underwiset, unde dar her sinen eyd dorzu thun, daz her ander wissenschaft nicht en habe, so musz man ome antwerten neyn adder ya.

Eine Substanzirung der Klage ist also, selbst wenn sie der Verklagte ausdrücklich verlangt, nicht erforderlich, wenn der Kläger eidlich beglaubigt, dass er ohne seine Schuld die

Substanzirung nicht erbringen kann, und es ergiebt sich also, dass die Angabe eines Klagefundaments für den Prozess um Geldschuld überhaupt nicht wesentlich ist.

Ohne alle Beschränkung wird dieses Prinzip ausgesprochen in den

Statuten von Duderstadt c. 57. (Gengler Cod. jur. municip. I. p. 927.) *Wy den andern schuldiget vor gerichte ader rade umme genannt gelt ader wort (i. e.* Zins*), jene, dey geschuldiget wert, schal antworden dar tho ja eder neyn ane jenigerhande bewysunghe; en deyt hey des nicht, sou gewynnet dy cleger sine schult, darumme hey schuldiget.*

Aber auch wenn der Kläger den Schuldgrund angiebt, ist er keineswegs gehalten, das Rechtsverhältniss und den Thatbestand darzulegen, worauf seine Klage basirt ist, also eine Klagesubstanzirung im Sinne des heutigen Rechts zu erbringen, sondern er braucht nur nach Sachsensp. III. 41. § 4. darüber Auskunft zu geben:

weder he't von gelovede scüldig si oder von erve dat he untvangen hebbe;

nach dem Richtsteig c. 6. ob die Schuld „*van borgende, van gelovede, van erves wegene ader van underwindinge* herkömmt“[2]);

nach dem Hamburg. Recht v. 1270. VI. 33: „*weder it sy van Kumpanye ofte von schaden ofte van medegift ofte van welken stucken it sy.*“

Vergl. auch Systemat. Schöffenrecht III. 2. c. 24. *Ouch wer den andirn beclait umme gelt, der sal deme, den her beclait, ab her is begert und von ym heischit, benumyn adir bereitin, is en sy von erbes weyne adir von gelob-*

---

2) Die letzte dieser 4 Alternativen bezieht sich, wie Homeyer zu dieser Stelle bemerkt, nicht auf Klagen um Geldschuld; die beiden ersten entprechen zusammen dem ersten Grunde des Sachsensp.

dis weyne adir von wannyn daz sy, do dy schult von komen sy. (Böhme dipl. Beytr. VI. S. 107 al. 1. Kulm 3,61.)

Der Kläger genügt also seiner Verpflichtung durch die blosse Angabe, dass er „*von gelobdes wegen*“ klage; eine detaillirte Klagebegründung hat der Verklagte nicht zu verlangen. Jeder Zweifel darüber wird ausgeschlossen durch

Systemat. Schöffenrecht III. 2. c. 133. Der Kläger stützte seine Klage lediglich auf ein schlichtes (aussergerichtliches) Gelöbniss. Der Verklagte fragte: *ap der cleger nicht benennen sulde, von wanne dy schulde queme.* Der Kläger weigerte sich, darauf einzugehen; der Beklagte frug: da der Kläger die verlangte Auskunft nicht gebe, *ab her nicht billig ledig seyn sulde von em adir was recht sey.* Die Schöffen aber entschieden:

Das kan den antwortir allis nicht gehelffen, sunder her mus vorsachen ader bekennen, ap her deme clegir das gelt globt habe adir nicht.

Wird dagegen *von erves wegene* oder dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäss[3]) *nach totir hant,* nämlich gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners geklagt, so ist der Kläger allerdings gehalten, die Entstehung der Schuld anzugeben, den Verklagten zu „*innern*“.

Magdeb. Fragen II. 3. d. 3. *Zcu ynnerunge mag man nymande twingen wenne in sulcher wisze, ab eyn cleger vor gerichte clagete umb eyn gelt, das ym syn vatir adir eyn andir, des erbe der genomen hat, schuldig blebin ist unde denne tode hant yn der anclage benumet, der musz yn ynnern der scholt selbsebinde uff den heiligen von stade an in dem selbin dinge, ab is yenre leyden wil.*

Vergl. Sachsensp. I. 6. § 2. Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 28. 29. Böhme VI. S. 118 al. 4. Glogauer Rechtsb.

3) Vergl. Behrend. Das Stendaler Urtheilsbuch S. 103. 104.

c. 102. 492. Magdeb. Frag. II. 3. d. 1. 2. Sch. U. bei Wasserschleben I. S. 133[4]).

Aber dass auch hier die Verpflichtung den Schuldgrund anzugeben nicht davon herrührt, dass die Instruction des Prozesses die Darlegung eines thatsächlichen Klagefundaments verlangt, sondern ebenso wie die damit eng zusammenhängende Modification des Beweisrechts allein darauf beruht, dass der Erbe von der Schuld seiner Vorfahren keine Wissenschaft zu haben braucht[5]): ergiebt sich theils aus dem gerade für diesen Fall technischen Ausdruck: „*innern*", theils aus dem Rechtssatz, dass der Kläger von jeder nähern Klagesubstanzirung sich durch die Behauptung befreien kann, dem verklagten Erben (oder seinem Vormund) sei die Schuld „*wissentlich*".

Magdeb. Fragen I. 8. d. 1. . . . *Dorumb mag der vormunde scholt gelden, dy her weyz, von der kinder gute; dy her abir nicht weyz, der mag her sich lossen ynren noch rechte und mag dovor eyde thun unde nemen;*

ebendaselbst II. c. 2. d. 12. *Spricht man eyn kint an umme schult, dy syn vatir schuldig blebin ist, do das kint noch syne frunde nicht von wiszen, der schult sal man das kint ynren selbsebinde.*

Magdeb. Sch. U. bei Wasserschleben I. S. 259. *Alzo als Hinze bock geklagt hat zcu Hanszin und Heinczen gebrudern und czu eren gewissen von der schuld wegin: so sprechin Hans und Heincze mogelich ya adir neyn czu. v. r. w.*

Vergl. Sachsensp. I. 6. § 3. Richtst. Landr. 10. § 2 Magdeb. Görl. R. Art. 25, Glogauer Rechtsb. c. 103 Goslar. Stat. S. 7. Z. 11 ff. Goslar. Rathsschreiben Nr. 38.

---

4) Vergl. Stobbe im Jahrbuch des gemeinen Deutsch. Rechts. Bd V. S. 341. ff. und die überaus übersichtliche Darstellung von Behrend a. a. O. S. 107–110.

5) Hänel Beweissystem S. 35. 110

(bei Bruns Beyträge S. 249.) Statuten von Nordhausen IV. 20c. (bei Förstemann Neue Mittheilungen III. Heft 4. S. 56. 57.) Mindener Rechtsbelehr. für Hannover c. 31 (im Vaterländ. Arch. des histor. Ver. f. Niedersachsen. 1844. S. 374.) Moringer Stadtrecht I. § 74. (Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII S. 303.)

Lassen wir diese besonderen Bestimmungen über die Klage gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners ausser Acht, so wird durch die angeführten Stellen der Beweis genügend erbracht sein, dass die Klage um Geldschuld aus der nackten Behauptung bestehen konnte, der Verklagte sei aus einem Versprechen die geforderte Summe schuldig. Eine solche Klage umfasst die verschiedenartigsten Verträge; sie legt keine materielle caussa debendi dar, sie beruft sich auf kein individuell erkennbares und juristisch zu bestimmendes Rechtsgeschäft, sie gestattet dem Richter kein Urtheil darüber, ob das vom Kläger in Bezug genommene „Gelübde" juristisch gültig sei und ob es den davon hergeleiteten Anspruch auch wirklich begründe. Sie ist überhaupt keine Klage in unserem Sinne, sondern ein Urtheil, das der Kläger in eigener Sache findet und um dessen Durchführung er den Richter angeht.

§. 3. Unsubstanzirte Klagebeantwortung.

Diesem Character der Klage entspricht vollkommen die für den Verklagten daraus hervorgehende processualische Verpflichtung. Er ist gehalten, auf die Klage mit ja oder nein zu antworten, falls er nicht „sich der Antwort wehren" d. h. prozesshindernde Einreden vorbringen kann.

Sachsensp. I. 6. §. 5. *Der scult die de man selve scüldig is, de ne darf man em nicht innern, he sal ir bekennen oder versaken.* Vergl. III. 39. §. 3. und II. 10. §. 5.

Magdeb Fr. II. 10. d. 1. *So spricht der cleger: ich gere antwort, ich vroge rechtis, ab her uff myne clage icht*

yo adir neyn sprechin sulle unde sich mit syme eyde von mir entbrechin sulle. So ist eyne alde gewohnheit zcu uns, das man ym teilet vor recht, her mussze deme cleger neyn adir yo sprechen uff syne clage unde des losz werdin czu den heiligen mit czwen fingern, ab her torre.

Purgoldt's Rechtsb. XI. c. 1. *Wyrth eyn man zcu Isenach beclaget vor gerichte, so sall er ja ader neyn umbe sagen ader sal beweysen, warumbe er das nicht thun sall.*

Freiberger Statuten 49. 26. (Schott. III. S. 283.) *Ein iklich man muz dem andirn antwertin vor gerichte, wes he ime schult gibit, der in den benkin ist adir der vorgebotin ist. Keiner rechenunge mac he gebittin noch an keine tafil sich geczin. he muz in da jen adir loukin.* Vergl. ebenda 3, 2. (a. a. O. S. 169).

Derselbe Grundsatz wird bezeugt im Systemat. Schöffenr. II. 1. c. 20. III. 2. c. 133. Distinctionen III. 10. d. 1. Magd. Sch. U. bei Wasserschleben S. 173. c. 41. Brünner Schöffenb. c. 8. Nordhäuser Weist. §. 17. (Förstemann Neue Mittheil. Bd. I. Heft 3, S. 70. 71.) Bremer Ord. 207. v. 1346 (Oelrichs S. 249) Stadtrecht von Rüden Art. 87. (Seibertz Urk. B. II. S. 88); in der oben citirten Stelle des Stadtrechts von Duderstadt u. a.

So wenig nun aber der Kläger näher darzulegen braucht, warum der Verklagte ihm das geforderte Geld schuldig sei, ebensowenig braucht der letztere eine Motivirung zu erbringen, warum er es nicht schuldig sei. Die Antwort des Verklagten ist daher keine Klagebeantwortung nach Art des heutigen Prozesses. Weder bestreitet der Verklagte die Richtigkeit der Thatsachen, auf welche der Kläger seine Forderung stützt, da der Kläger ja solche Thatsachen gar nicht vorbringt, noch bestreitet er, dass nach Rechtsgrundsätzen die klägerische Forderung begründet sei, sondern er bestreitet lediglich die Richtigkeit der Behauptung, dass er schuldig sei. Dem Urtheil

des Klägers, dass der Verklagte schuldig sei, setzt dieser das Urtheil entgegen, dass er nicht schuldig sei.

Daher ist es ein innerer Vorgang in der Seele des Verklagten, wie er zu diesem Urtheil gelangt[1]) und worauf sich die Ueberzeugung von seiner Richtigkeit stützt. Das Gericht hat keine Möglichkeit, diesen Gedankengang zu controliren und zu prüfen; es beschränkt sich darauf, eine äussere Beglaubigung dieses Urtheils in dem Eide des Verklagten entgegenzunehmen und auf die Beobachtung der hiefür vorgeschriebenen Formen zu sehen.

Wir finden diesen Character der Klagebeantwortung in den Quellen vielfach ausgesprochen.

Goslar. Stat. S. 78. Z. 27. *We enne edh don scal, de scal sweren: „de scult, de men ime ghift, dat he der unsculdig si, dat ime god also helpe u. d. hilleghen.*"

Nur von diesem Character der Klagebeantwortung aus lässt es sich erklären, dass der Verklagte von mehreren Klagepunkten mit einem einzigen Nichtschulds - Eide sich befreien kann, weil dieser Eid eben nicht bestimmte Thatsachen betrifft, sondern nur das Urtheil des Verklagten, er sei nicht schuldig, bekräftigt.

Goslar. Statut. S. 69. Z. 17. *Wu manighe scult men emme ghift vor gherichte to ener tid, der aller scal he sich untscüldighen mit emme rechte.* Ebenso Lüb. Recht (Hach Cod. II.) 187. Sch. U. bei Wasserschleben I. S. 373 c. 21. Hannöver. Stadtrecht c. 44. (Vaterländ. Arch. f. Niedersachsen, 1844. S. 389)[2]).

Wenn der Verklagte sich deshalb für nicht schuldig erachtet, weil er die Schuld bereits bezahlt hat, so braucht er nicht den — selbstdritt oder mit Gerichtszeugniss zu erweisen-

1) Hänel Beweissystem S. 94. fg.
2) Behrend de actione simpl. pag. 28.

den — Einwand der Zahlung zu erheben, sondern er kann *„sunder bekanntnisse sich der scult untschuldighen up den hilleghen“* Goslar. Stat. S. 72. Z. 17. Rechtsb. nach Distinct. III. 13. d. 1.

Klagt Jemand gegen den Vormund auf Erbtheilung und verlangt, dass der Vormund Schulden, die derselbe unredlich gemacht habe, sich ganz auf seinen Erbtheil anrechnen lasse, so braucht der Vormund die Umstände, unter denen er jene Schulden contrahirt hat, nicht darzulegen, sondern er kann *„sin recht to don, dat de scult so ghemaket were, dat he de to rechte scolde gelden sin del, de dat erve eschede.“* Gosl. Stat. S. 20. Z. 1. Distinction. I. 50. d. 9.

Bei einer Klage aus einem Gesellschaftsverhältniss soll der Verklagte: *„uthlecghen dat he wil unde dar to sweren, dat he eme (dem Kläger) dat sin al ghegheven hebbe.“* Hamburg. Stadtr. v. 1270. III. 16. von 1292. H. 20. Vergl. die Braunschweiger Rechtsbelehr. f. Hannover c. 22. (Vaterl. Arch. des histor. Ver. 1844 S. 367.)

Wenn Jemand wegen Schläge eine Klage auf 20 Mark angestellt hat, statt sich mit einer Busse zu begnügen, so giebt der Richtst. Ldr. 38. §. 4. dem Verklagten den Rath *„vrilike* zu schwören“, dass er unschuldig sei, *„dat ic an N. icht gedan hebbe, dar ic an em tu rechte* 20 *Mark vorbore odder vorboret hebbe.“* Anstatt den thatsächlichen Verhalt vorzutragen und den Richter urtheilen zu lassen, welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen, findet der Verklagte selbst das Urtheil, die vom Kläger geforderte Privatstrafe nicht verwirkt zu haben.

Endlich kann man sich noch auf die zahlreichen Stellen berufen, in denen vom Verklagten bei Processen um Geldschulden nichts weiter gefordert wird, als „seine Unschuld zu thun, sich mit 2 Fingern zu entschuldigen, sein Recht zu thun, *up den hilleghen to vorsaken“* u. dgl.

§. 4. Vorbringen von Thatsachen und Rechtssätzen.

Durch die angeführten Quellenzeugnisse soll nur der Beweis erbracht werden, dass bei einem Process um Geldschuld sowohl die Thatfrage als die Rechtsfrage unerörtert, ja dem Gericht unbekannt bleiben konnte und dass lediglich die Schuldfrage festgestellt zu werden brauchte. Ganz irrthümlich aber wäre die Ansicht, dass der Deutsche Process die Erörterung von Thatfragen und Rechtsfragen ausgeschlossen habe. Der Kläger brauchte sich nicht auf die laconische Angabe zu beschränken, dass er *von gelobdes* oder *von gesellschaft wegen* klage, sondern er konnte das factische Material in grösserer Vollständigkeit vorlegen. Ebenso konnte der Verklagte anstatt seine Schuld schlechtweg abzuschwören, entweder das bestimmte ihm als Verpflichtungsgrund entgegengehaltene Factum leugnen, oder seine Schuld ausschliessende Thatsachen (Einreden) vorbringen.

Bald konnte der Kläger, bald der Verklagte ein dringendes Interesse haben, die Prozessverhandlungen aus jener an sich zulässigen, abstracten Allgemeinheit über Schuld oder Nichtschuld herauszuheben. Der Kläger, indem er durch nähere Darlegung der die Schuld begründenden Thatsachen dem Verklagten das — seinem freien Ermessen sonst anheimgegebene — Abschwören der Schuld erschwerte und ihn zu einer Erklärung über die vorgebrachten Thatsachen drängte; der Verklagte, indem er der Gefahr einen Meineid zu schwören und dem Verdacht einer frivolen Ableugnung der Schuld um so mehr entging, je bestimmter die von ihm beschworene Behauptung präcisirt war. Man darf in dieser Hinsicht die Wirkung der mündlichen Verhandlung bei persönlicher Anwesenheit der Parteien und der Oeffentlichkeit des Verfahrens nicht übersehen. Diese Principien des Processes gaben eine thatsächliche Gewähr dafür, dass diejenigen Streitpunkte, die unter den Parteien wirklich streitig waren, der gerichtlichen Feststellung durch ein

absichtliches Nichtdarauf-Eingehen Seitens der Gegenpartei nicht entzogen wurden.[1])

Man darf wohl annehmen, dass eine gänzlich unsubstanzirte Klage gewöhnlich nur in den Fällen vorkam, in denen der Verklagte ein bestimmtes Zahlungsversprechen abgegeben hatte; z. B. über die Rückzahlung eines empfangenen Darlehns, oder wenn unter den Parteien eine Abrechnung oder ein Vergleich erfolgt war, oder wenn der Verklagte für eine bestimmte Geldschuld eine Bürgschaft übernommen hatte, oder den vereinbarten Kaufpreis für empfangene Waare schuldig geblieben war u. dgl. In solchen Fällen genügte es, ihn an sein *„gelobde"* zu erinnern, und abzuwarten, ob er es wagen würde, seine Schuld eidlich abzuleugnen. Dagegen dürfte der Kläger wohl selten die Prüfung der Schuldfrage dem ganz freien Ermessen des Gegners anheimgestellt haben, wenn die Forderung von demselben nicht ausdrücklich und direct anerkannt worden war, sondern sich nur als rechtliche Consequenz aus gewissen Thatsachen ergab. So stützt z. B. der Kläger, der Gewährschaft verlangt, seinen Anspruch auf die Thatsache, dass der Verklagte ihm das angesprochene Gut verkauft habe, worauf der Verklagte nicht seine Verpflichtung zur Gewährsleistung schlechthin in Abrede stellen, sondern sich zum Unschuldseid erbieten soll, *„dat he em nicht vorkoft heft."* Richtst. Ldr. 14. §. 7. In vielen Fällen, insbesondere bei Delictsobligationen und Schadensersatz-Ansprüchen, liess sich dem Verklagten gegenüber die Entstehung der Schuld gar nicht anders bezeichnen, als durch Darlegung des Sachverhaltes[2]). So heisst es

---

1) Den grössten Einfluss darauf hatte natürlich ein geschicktes Verhalten der Parteien bei der mündlichen Verhandlung. Daher waren Fürsprechen fast unentbehrlich und es wird denselben dringend eingeschärft, die Frage gut zu stellen, *„wenne wi man vragit, also sal man berichten unde antworten."* (Cautela bei Homeyer Richtst. Landr. S. 396).

2) Hänel Beweissystem S. 12.

im Lüb. Recht. Cod. II. Art. 165. (Hach): *So we dem anderen scult gevet, dat he eme scadet hebbe, de schal den schaden benomen.* Die Neue Skra von Nowgorod ergänzt dies: *„de sal eme benomen war ane he den scaden gedan hebbe“* und giebt zugleich den Inhalt des vom Verklagten event. zu leistenden Unschuldseides dahin an: *„dat he eme negeinen scaden gedan hebbe.“* (Urk.B. der Stadt Lübeck I. S. 704).

Nicht minder häufig wurden Rechtsfragen den Schöffen zur Entscheidung vorgelegt, wenn der Thatbestand unter den Parteien unbestritten war und das Gericht nur ein Rechtsgutachten über die rechtliche Relevanz einer Thatsache, Handlung oder Unterlassung, oder über die Existenz oder die Bedeutung einer Rechtsregel abzugeben hatte; indem sich ja nach dem Ausfall dieses gerichtlichen Gutachtens die Schuld oder Nichtschuld von selbst ergab. Insbesondere hatte der Verklagte ein Interesse daran, anstatt das Urtheil, nicht schuldig zu sein, zu seinen Gunsten selbst zu finden und durch Ableistung des Unschuldseides zur Geltung zu bringen, durch die Schöffen aussprechen zu lassen, dass er von der Schuld aus Rechtsgründen zu absolviren sei. Die Vortheile bestanden für ihn darin, dass er sein Gewissen nicht mit einem Eide zu belasten brauchte, dass er den in vielen Fällen gewiss unausbleiblichen Verdächtigungen, einen Meineid geschworen zu haben, entging und vorzüglich darin, dass er die vielen, mit der Eidesleistung verbundenen Gefahren vermied, denen zu Folge der Unschuldigste wegen eines falsch gesprochenen Wortes, wegen Stotterns, Hustens, Niesens u. dgl. den Prozess und überdies noch das Gewedde an den Richter verlieren konnte[3]). Der Verklagte lässt sich daher durch Urtheil von der Pflicht zu *„antworten“* d. h.

---

3) Siehe zahlreiche interessante Einzelheiten bei Siegel. Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang. (Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kaiserl. Acad. Bd. 51.) S. 120. ff.

selbst über seine Schuld oder Nichtschuld zu befinden und die letztere eidlich zu beglaubigen lossprechen[4]).

Von den vielen Beispielen, welche die Quellen dafür bieten, genügt es folgende anzuführen:

Wenn der Verklagte aus Rechtsgründen, die Activlegitimation des Klägers bestreitet[5]); wenn er eine Sühne einwendet[6]) oder die exceptio rei judicatae vorschützt[7]) oder sich auf Verjährung beruft[8]); wenn Jemand wegen einer Handlung belangt wird, die er in amtlicher Eigenschaft gethan hat[9]); wenn die geschiedene Frau vom Manne Erstattung der Auslagen verlangt, die sie während bestehender Ehe für ihn gemacht haben will[10]); wenn Jemand wegen Schadens verklagt wird, für den er nicht verantwortlich ist und dessen Ersatz er nicht übernommen hat[11]), wenn wegen Spielschulden geklagt wird[12]) u. dgl.

In allen diesen Stellen lautet das Urtheil resp. die Rechtsregel dahin, dass der Verklagte „nicht zu antworten pflichtig

---

4) Es ist dies wohl zu unterscheiden von den zahlreichen andern Fällen, in denen der Verklagte seine Pflicht, die Klage überhaupt zu beantworten, bestreitet, etwa weil der Kläger verfestet ist (Ssp. III. 16 § 3. Goslar. Stat. 61. Z. 40; 69. Z. 14. Distinct. IV. 21. d. 27. Glog. Rsb. c. 207. 341.), oder wegen Incompetenz des Gerichts, oder weil der Kläger die Prozessgewere zu leisten verweigert u. dgl. Vergl. darüber Planck Zeitschrift f. Deutsch. Recht X. S. 263. Note 137. Homeyer Richtsteig S. 451. In Plancks Beweisurth. S. 42. fg. sind die beiden Fälle nicht genügend auseinandergehalten.

5) Sachsensp. III. 6. § 2. a E. III. 31. §. 3. Magd. Fr. III. 1. d. 9.

6) Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 167. c. 33. S. 438. c. 93.

7) Wasserschleben S. 383. c. 31. Freiberger Statuten XIII. (Schott III. S. 198.)

8) Wasserschleben S. 263. c. 125. S. 377. c. 26. Analog ist auch der im Hamburger Stadtrecht von 1270 Anh. c. 6. behandelte Fall.

9) Freiberger Statuten V. 26. (Schott. S. 177. a. E. 178.)

10) Wasserschleben S. 117. c. 242.

11) Lüb. Recht. (Hach) Cod. II. Art. 166. Freiberger Statuten 49, 30. (Schott. S. 284). Brünner Schöffenb. c. 149. Wasserschleben S. 374. c. 21. S. 443. c. 95. System. Schöffenrecht III. 2. c. 23.

12) Magdeb.-Bresl. R. v. 1261 § 51. Magd.-Görl. Art. 107. System. Schöffenr. III. 2. c. 40. 43. Magd. Sch. U. f. Glatz bei Gaupp Stadtrechte II. S. 265. Nro. 7. Freiberger Stat. V. 8. (Schott. S. 174).

sei", was natürlich in den erwähnten Fällen nicht den Sinn haben kann, der Verklagte brauche sich auf die Klage überhaupt nicht einzulassen, sondern nur bedeutet, der Verklagte braucht nicht zu „bekennen oder zu versagen" und in letzterem Falle seine Unschuld eidlich zu betheuern. Ein solches Urtheil konnte das Gericht aber nicht abgeben, wenn der Kläger schlechthin die Schuld des Verklagten, der Verklagte schlechthin seine Unschuld behauptete; sondern nur dann, wenn das Rechtsverhältniss thatsächlich dargelegt wurde, aus dem der Kläger seinen Klage-Anspruch, der Verklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage herleitete.

Demgemäss wurde in Wirklichkeit im Laufe des gerichtlichen Verfahrens und insbesondere durch die Stellung der Fragen und Gegenfragen die nackte Behauptung der Schuld oder Nichtschuld häufig aufgelöst in Behauptungen concreter Thatsachen und Berufungen auf bestimmte Rechtsnormen; allein es waren factische Vortheile, welche dazu veranlassten, nicht eine aus dem Grundgedanken des Prozesses sich ergebende rechtliche Nöthigung

§. 5. Substanzirte Klagen. — Eid des Klägers.

Von dem bisher entwickelten Prinzip, dass die Angabe eines Klagefundaments nicht wesentlich sei, giebt es aber eine wichtige und durchgreifende Ausnahme. Das Recht des Klägers, ohne weitere Substanzirung dem Verklagten eine Schuld vorzuwerfen, hat sein nothwendiges Correlat in dem Rechte des Verklagten, die Schuld abzuschwören. So oft der Kläger eine Abweichung von dieser Regel in Anspruch nimmt, ist er seinerseits gehalten, seine Forderung näher zu motiviren.

Diese Abweichungen von der Grundregel, dass der Verklagte den Unschuldseid leisten darf, lassen sich auf zwei Kategorien zurückführen; die erste umfasst die Fälle, in denen der Kläger ausnahmsweise selbst eine Forderung beschwören darf; die zweite die Fälle, in denen der Kläger dem Verklagten den

Unschuldseid durch Beweismittel (Gerichtszeugniss oder Privatzeugniss) verlegt.

Da die Fälle der ersten Kategorie wirkliche Ausnahmen sind, die das Recht für gewisse einzelne Rechtsverhältnisse anerkennt, so ist es einleuchtend, dass der Kläger seine Forderung auf eines dieser privilegirten Rechtsverhältnisse stützen muss; der Gastwirth muss ausdrücklich „Garkost", der Dienstbote „Lidlohn", der Zinsherr „fälligen Erbzins oder Jahreszins" benennen, wenn er den Beweisvortheil beansprucht; er muss also zunächst das Rechtsverhältniss specialisiren, aus welchem die Schuld herstammt.

Es muss aber ferner auch vom Kläger die Existenz dieses Rechtsverhältnisses thatsächlich dargelegt werden, falls der Verklagte dieselbe bestreitet. Es genügt keineswegs die Behauptung des Klägers, dass dieses Rechtsverhältniss bestehe und der Grund seiner Forderung sei, sondern es ist die Angabe und der Beweis der dieses Reehtsverhältniss begründenden, concreten Thatsachen erforderlich.

Die hier in Betracht kommenden Fälle sind folgende:

1) Bei der Klage des Wirthes um Garkost muss der Wirth behaupten und beweisen, dass der Verklagte in seiner Kost gewesen ist.

Hamburger Recht von 1270. VI. 18. *So we syneme gast schult gift umme kost unde bekant de gast nener kost, unde mach de wert dat getugen, dat he in siner Kost gewesen hevet, he schal dar to sweren, wat eme syn gast van kost schuldich is*[1]). Vergl. Statuten v. Stade V. 17. (Pufendorf. Observat. App. I. p. 195). Statuten v. Verden c. 66. (eod. p. 100). Lüb. Recht. Cod. III. 313.

Systemat. Schöffenr III. 2. c. 49. *Beschuldiget eyn*

1) Vergl. dazu die Langenbeck'sche Gl. zum Hamb. Stadtr. von 1497 L. XII. bei Lappenberg. Hamb Rechtsalterth. S. 285. 286.

man den andirn umme syne gare kost, dy er gessyn hot yn syme huse.[2])

In einem Prager Schöffenurtheil (auszugsweise mitgetheilt bei Stobbe Vertragsrecht S. 99. Note 31.) wird dem Beklagten vorgeworfen, dass er „*eosdem denarios apud ipsum consumpsisset et fugiendo de suo hospitio violenter deperdasset.*"

2. Die Klage des Dienstboten um Liedlohn ist nach den Freiberger Statuten 49, 3. (Schott. S. 281.) in folgender Form anzustellen:

Her richter, he klagit uch zu sime herren umme sines rechten lidelonis zwelftehalbin pfenning; wil he is im louken, he wil iz behalden alse he zu rechte sal uf den heiligen. Daz beheldet he wol zu rechte; he muz aber bewisen, wil is der herre nicht inpern, daz he sin gemiette bote si gewest, mit den nakeburen.[3])

Das Ottonische Stadtrecht von Braunschweig Art. 45. (Urk. Buch der Stadt Br. S. 6.) bestimmt über die Klage um verdienten Lohn: *Swelich man sinen menen asnen vorderet vor deme vogede, he sal it bewisen wetelike, war he ene vordhenit hebbe. So mach he ine bat mit sines enes hant behalden, dan ine iene mit sines enes hant entseggen moge.*

Die Brünner Schöffen (Schöffenbuch c. 174) ertheilen die Auskunft, *quod servitor et operarius conventus (gemiethet), qui conventionem demonstrare potest et est de familia quotidiana alicujus domini et vescitur ejus pane, potest pretium debitum, dictum lidlon, obtinere . . .*

---

2) Siehe auch das Magdeb. Schöffen-Urth. XV. bei Stobbe Beiträge S. 99.

3) Bemerkenswerth ist, dass diese Zeugen ihre Aussage nicht zu beschwören brauchen; es ergiebt sich dies aus der unmittelbar vorhergehenden Stelle: . . . *Wi di nakebure besezzen sin, so gesten si wol, si durfen nicht den einvaldikliche sprechen, daz iz in wizzelich si: und wenn he iz also bewiset, so darf he . . .*

Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 46. *Beschuldegit eyn knecht synyn hirren umme syn vordint lon, daz her an synym brote vordynet habe . .* [4]).

Vergl. auch Stadtrecht von Rüden Art. 82. (Seibertz Urk. B. II. S. 88.)

3) Bei Klagen um den jährlichen Miethszins oder um Liedlohn gestattet das Billwärder Recht Art. 44. dem Kläger den Eid nur unter der Bedingung:

woe he dat bewise tovoren mit twen bedderven luden, dat he in der were woned hebbe, ofte denet hebbe dar in deme lande.

Gosl. Statuten S. 20. Z. 24. *Welde he (der Verklagte) sik aver untsculdighen, dat he up der were nicht ghewonet ne hedde, dat mach he don, so ne mach men nenne tins up ene behalden, men ne möghes ine overwinnen alse recht is.*

Ebenso kann andererseits der Miether, der bereits in dem Hause wohnt und vom Eigenthümer zum Verlassen desselben aufgefordert wird, sein Recht bis zu einem gewissen Termin unter Jahresfrist wohnen zu bleiben, eidlich erhärten, wenn er es gemäss den Freiberger Statuten I, 30. (Schott. S. 160) folgendermassen substanzirt:

„wen he daz hus gemitet habe rechte und redeliche und ein wirt si in den vir wenden und tac habe also lange und den tac behalden wolle alse recht ist.“

Vergl. auch Nürnberger Statut in Siebenkees Beiträgen zu den teutschen Rechten II. S. 223.

Freilich ist in allen diesen Fällen die Substanzirung der Klage im Vergleiche zu den Anforderungen des heutigen Prozesses eine unvollkommene; aber es wird doch immerhin ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft als Grund der Forderung angegeben und die Existenz dieses Rechtsgeschäfts durch ganz

---

4) Ebendas. c. 47. *„des her tegelich gesynde ist“* Vgl. auch Böhme dipl. Beytr. VI S. 102. al. 4. Kulm 3, 82. Glogauer Rechtsb. c. 332.

concrete Thatsachen ausser Zweifel gestellt. Der Unterschied gegen die Klage, die blos darauf gestützt ist, der Verklagte sei 10 Mark *von gelobdes wegen* oder *van kumpanye* schuldig, in der Darlegung der thatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreits ist unverkennbar.

§ 6. Fortsetzung. — Klagen mit Gerichtszeugniss.

Von grösserer Bedeutung ist die zweite Kategorie, welche die Fälle umfasst, in denen der Kläger mit Beweismitteln — Gerichtszeugniss oder anderen Zeugen — klagt.

Jede Berufung auf das Gerichtszeugniss setzt eine Angabe der das Recht begründenden Thatsachen, also eine Auflösung des Urtheils der Partei in die dasselbe motivirenden factischen Behauptungen, oder nach modernem Sprachgebrauch eine Substanzirung der Klage, voraus. Denn Gegenstand des Gerichtszeugnisses ist immer nur eine Thatsache und zwar eine vor Gericht geschehene Thatsache; niemals eine Bekräftigung des Parteiurtheils Seitens des Gerichts.

Hänel, Beweissystem S. 77, stellt freilich die Ansicht auf, „dass auch das Gerichtszeugniss sich nicht richte auf einzelne Thatsachen, sondern unmittelbar auf das behauptete oder vermeinte Recht, auf das Urtheil der Partei. Ebenso wie im Gezeugniss die Gezeugen auf Grund ihres Wissens, gerade so giebt das Gericht auf Grund dessen, was vor ihm geschah, ein Urtheil ab, über das Urtheil der Partei. Jene gerichtlichen Vorgänge sind nicht die prinzipalen Objecte des Zeugnisses, sie sind secundäre, innere Momente für die Ueberzeugung des Gerichts."

Diese Auffassung ist aber mit unzweideutigen Aussprüchen der Quellen unvereinbar. Der Richter bekundet Nichts, als den gerichtlichen Act, der vor ihm oder seinem Amtsvorgänger vorgenommen worden ist, ohne über die daraus sich er-

gebenden rechtlichen Consequenzen, also über die Richtigkeit des von der Partei in der Klage aufgestellten Urtheils, irgend eine Meinung zu äussern.

Er bezeugt z. B. den gerichtlichen Abschluss eines Geschäfts (Sachsensp. I. 7. 8. § 1. § 3.), die Verfestung des Angeklagten (Ssp. III. 88. § 2.), das Ausziehen aus der Verfestung (Ssp. III. 18. Richtst. 34. § 7.), dass Jemand sein Recht durch gerichtliches Erkenntniss verloren habe (Ssp. I. 8. § 1. III. 28. § 2. III. 82. § 1. Richtst. 34. § 11.), oder dass Jemand durch Erkenntniss freigesprochen worden sei (Freiberg. Stat. S. 199), oder dass die eingeklagte Sache bereits rechtskräftig entschieden sei (Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 378. 382. 388. u. a.) u. dgl.

Die Freiberger Statuten S. 197 geben für die Klage um Geldschuld mit Gerichtszeugniss folgende Formel:

Her richter, he klagit uch zu im umme 10 *mark, der he im bekante oder di he im gelobte vor gerichte. Spricht he dawider icht, des wil he in ubirzugen alse he zu rechte sal mit sime richter*[1])

und S. 245 für die Form des Gerichtszeugnisses:

Ich begrife iz mit mines herren hulden, daz mir daz wizzelich ist, daz Her Cunrad gelobte hern Albrechte zwenzik marc zu leistene uf den tag vor gerichte[2]).

Die Goslarer Statuten S. 92. Z. 8 normiren den Eid des Richters dahin:

„dat de sake also si unde he des hebbe en richtere gewesen“ (Vergl. S. 95. Z. 18.)

---

1) Vergl. auch System. Schöffenr. III, 2. c. 88. *Gelobit eyn man dem andirn in gehegtem Dinge schult, dy her em schuldic ist, czu bereytene mit gereytim gelde uf eynyn benumptin tag, des der richter und die scheppfin ym gesten“* . . .

2) oder ebendas. S. 199: *Ich begrif iz mit m. h. h., daz mir daz witzelich ist, daz daz also geschach oder also.*

und sie unterlassen keine Gelegenheit zu betonen, dass Richter und Dingleute *„de sake benömen“* sollen. S. 92. Z. 14. S. 93. Z. 30. S. 95. Z. 28. 34. S. 96. Z. 19.

Nach dem Weichbildr. bei Mühler c. 59. lautet die Formel für das Gerichtszeugniss:

„der sal daz swere u. d. h., das he das sege und horte, daz daz gegeben si und he des geczuk si.“

Wenn Jemand eine Bürgschaftsschuld gegen den Erben des Bürgen geltend macht, welche gegen den Bürgen selbst bereits eingeklagt und rechtskräftig festgestellt worden ist, so soll er *„dy gewonnen schult der burgeschaft mit gerichte erczugen“* (Rechtsb. nach Distinctionen III.c. 10. d. 9.), nicht aber sein Urtheil, dass der Verklagte schuldig sei, die Bürgschaftsschuld zu bezahlen, durch das Gericht beglaubigen lassen.

Bei der Forderung eines Erbes *von gelubdes wegen und nicht von sippe halben*, muss das Gerichtszeugniss darüber erbracht werden *„das dy gelubde bestetiget sin vor gerichte mit erben gelubde“* (Rechtsb. n. Distinction. I. c. 20. d. 3; c. 32. d. 3.), oder *„das sich dy frawe des angefellis vorczegin hat vor gehegiter bang“* (Sch. U. bei Wasserschleben S. 387. c. 35).

Aus allen diesen Stellen geht mit Evidenz hervor, dass der Gegenstand des Gerichtszeugnisses immer ein reines Factum ist[3]); die gerichtlichen Vorgänge, welche Hänel nicht als die prinzipalen Objecte des Zeugnisses, sondern nur als secundäre, innere Momente für die Ueberzeugung des Gerichts erklärt, sind nicht nur die prinzipalen, sondern die einzigen Objecte des Gerichtszeugnisses.

---

3) Es steht dem nicht entgegen, dass nach dem Richtst. 19. § 1. der Kläger den Richter um ein „Bekenntniss, ob er N.'s rechter Erbe sei“ bittet. Es ist dies nur eine der Vorsicht wegen gethane Präjudizialfrage, ob die Erbeslegitimation des Klägers gerichtskundig ist. Vgl. unten § 40.

Wenn Hänel a. a. O. ferner behauptet, „dass das Gerichtszeugniss niemals verbunden werden konnte mit andern Beweismitteln“ und „dass auch das Gerichtszeugniss die Einheit des Beweisthema's festhielt, dass es sich nicht richtete auf einzelne Thatsachen“, so hat bereits v. Bar Beweisurth. S. 53. 54. bemerkt, dass die Prozessmaximen des deutschen Rechts dahin führten, dass „in der überwiegend grossen Mehrzahl der Fälle der Beweis sich nur um Eine entscheidende Thatsache drehte.“ Dies erklärt es allerdings, dass man in den Quellen eine Combination verschiedener Beweismittel in Ansehung mehrerer Thatsachen selten findet. Allein trotzdem gewähren die Quellen eine directe Widerlegung der Annahme Hänel's. Ausser dem von v. Bar angeführten Beispiele, dass bei der Klage um einen Sühnebruch der Beweis durch Gerichtszeugniss, dass die Sühne gelobt sei, nicht genügen konnte, sondern noch die Handlung, durch welche die Sühne gebrochen wurde, Gegenstand des Beweisverfahrens sein musste, lässt sich noch hinweisen auf das Verfahren gegen einen in der Verfestung Ergriffenen, gegen den die erfolgte Verfestung mit Gerichtszeugniss, die ihm zur Last gelegte That mit 6 Eideshelfern bewiesen wird[4]), oder auf das Verfahren bei Klagen um Körperverletzungen, wo das Gericht zunächst die Wunden besieht und bezeugt und dann der Thäter wie gewöhnlich, überführt wird oder sich frei schwört[5]). Auch aus dem Gebiete des Civilprozesses lassen sich Beispiele erbringen, dass einzelne Thatsachen oder Incidentpunkte durch Gerichtszeugniss entschieden werden, die für sich allein die Entscheidung des Rechtsstreites noch nicht involviren, z. B. über den Wortlaut der Klage, „*ob tote hant darin benumpt sy*[6])“, oder dass der

4) Sachsensp. III. 88. § 2.

5) Vergl. z. B. die Weichbildsglosse bei Homeyer Richtst. Landr. S. 404.

6) Wasserschleben I. S. 361. c. 10. — Vergl. Bremer Ord. 87. (Oelrichs S. 201.)

Verklagte nicht ordnungsmässig vorgeladen (und deshalb noch nachträglich zur Klagebeantwortung zuzulassen) sei[7]).

§ 7. Fortsetzung. — Klagen mit Privatzeugniss.

Dasselbe, was wir im Vorstehenden von der mit Berufung auf Gerichtszeugniss angebrachten Klage bewiesen zu haben glauben, gilt auch von der Klage mit Privatzeugen. Auch hier war eine Substanzirung der Klage mit Thatsachen erforderlich, denn auch die gewöhnlichen Zeugen konnten immer nur ausschliesslich Thatsachen bekunden. Für das Gebiet des sächsischen Rechts hat Homeyer im Glossar zum Sächs. Landr. (3. Aufl. S. 504. 505), in der Darstellung des Lehnrechts (Sachsensp. II. 2. S. 599—610) und im Richtst. Landrechts S. 457—475 in der gründlichsten Weise den Gegensatz von Zeugen und Eidhelfern erörtert und dargethan, dass Zeugen stets Thatsachen bekunden, welche sie wissen, und zwar meistens aus eigener sinnlicher Wahrnehmung wissen. Allerdings umfasst der Ausdruck *getüch* sowohl Eidhelfer als Zeugen; allein Eidhelfer kommen nur bei peinlichen Klagen vor; das Civilrecht kennt nur Zeugen[1]).

Wir lassen die Frage hier ausser Acht, in welchen Fällen es erlaubt war, mit Privatzeugen zu klagen. Denn es herrscht darüber Einverständniss, dass nach dem Sächsischen Landrecht der Kläger bei Geldschuldklagen in der Regel nur die Wahl

7) Ebendas. S. 396. c. 41.

1) Nur beim Beweise einer Schuld nach todter Hand mit 72 Mann nimmt Homeyer Sachsensp. S. 505. Richtst. S. 473. Eidhelfer an. Sachsensp. I. 6. § 2. und Richtst. 10. § 1. geben keinen Anhalt dafür, ob Zeugen oder Eidhelfer gemeint sind. Die Sache ist demnach zweifelhaft. Denn wenn es auch geradezu unmöglich war, 72 Wissenszeugen zu produciren, so ist es nicht viel wahrscheinlicher, dass der Kläger jemals für eine civilrechtliche Forderung 72 Eidhelfer habe stellen können. Jedenfalls dürfen wir von dem singulären und bereits im 13. Jahrh. antiquirten Rechtssatze absehen.

hatte zwischen der schlichten Klage und der Klage mit Berufung auf Gerichtszeugniss; dass dagegen in den Städten die Klage mit Privatzeugen auch bei Geldforderungen zugelassen wurde. Gegenstand unserer Untersuchung ist vielmehr nur die Substanzirung der Geldschuldclage, wenn sie mit Zeugen angestellt wurde.

Der Kläger konnte dem Verklagten das Recht, seine Unschuld zu beschwören, nur dann entziehen, wenn er eine specielle, concrete Thatsache angab und mit Zeugen zu beweisen sich erbot, auf der die Schuld des Verklagten beruhte [2]).

Eine ausdrückliche Bestätigung dieses Rechtssatzes geben die Freiberger Statuten cap. XII. (Schott. S. 192.) Sie behandeln den Fall, dass der Verkäufer den Kaufpreis statt mit schlichter Klage mit Gezeugen einklagt, und schreiben vor: *He muz ouch im nennen mit der klage sinen koufschatz; nennet he nicht sinen koufschatz mit der klage und kumit jenre zu antwurte e he den koufschatz benennet, so mac he in umme daz gelt nicht bezugen. Klagit abir he umme sinen koufschatz zu im als recht ist, so muz he sinen gezuk liden. Jenre mac eines urtheiles biten, ab he sinen koufschatz nicht nennen sulle; den muz he zu rechte benennen. Waz he denne benennet, gewant, bli, ros, win, heringe, unde alliz daz da koufschatz ist, daz bezugit he alliz wol; ane silber und phenninge, di mac he nicht bezugen denn mit dem richtere.*

---

2) In dem Magd.-Stendaler Urth. 24 (Behrend) wird allerdings eine mit Zeugen angestellte Klage in folgender Weise referirt: „*Her richter, ik clage ju over dissen man, dat he mi sculdig is also vele*". Allein Gegenstand der Anfrage ist nicht das Schuldverhältniss, sondern die Frist binnen welcher der Verklagte, der durch den vom Kläger geführten Beweis überwunden worden war, die Schuldsumme zahlen müsse und ob er eine Busse verwirkt habe. Daher kam es in dem Referat über den Rechtsfall nicht auf den Inhalt der Klage, sondern lediglich auf den Umstand an, dass mit Gezeugniss geklagt und in Folge des Widerspruchs des Verklagten die Ableistung der Eide erforderlich geworden war.

Für die Klage auf Auszahlung eines Vermächtnisses enthält dieselbe Rechtsquelle S. 172 folgende Formel:

Wir wollen iz bewisen mit erhaften luten, daz he iz uns beschit, di wile he bi guten sinnen was und mit redehafter zunge.

Hinsichtlich der Klage nach todter Hand verfügt das Glogauer Rechtsb. c. 102:

„*man sal dy kinder ynnern unde on sagen, wovon dy schult her komen sy*“ und ein Beispiel liefert das Nordhäuser Weisthum bei Förstemann Neue Mittheilungen Bd. I. Heft 3. S. 68, wo die Kläger, nachdem die wegen einer Schuld ihres verstorbenen Mannes verklagte Wittwe auf die Klage *neyn* gesagt hat, die Klage nachträglich in folgender Weise substanziren:

Sintemal daz sie dez gute luthe habin, den ez wiszintlich ist, daz or wert die 5 *marg uffgehabin habe und den brieff solle geloset haben, ab sie dez mogelichen gniszin.*

Aber auch wenn wir keine Beispiele für die Klageformulirung hätten, würden wir die Verpflichtung des Klägers zur thatsächlichen Begründung seiner Forderung daraus mit Sicherheit schliessen können, dass Zeugen immer nur Thatsachen bekunden, so weit sich überhaupt thatsächliche Wahrnehmungen und Urtheile streng scheiden lassen, zumal wenn alle bei dem Prozess betheiligten Personen, Richter, Schöffen, Parteien Fürsprecher und Zeugen technisch-juristisch nicht gebildet sind.

Alle Stellen, welche den Inhalt von Zeugenaussagen näher präcisiren, erfordern stets die Bekundung einer Thatsache, welche die Zeugen wissen. Nach dem Lüb. Recht Cod. I, Art. 87 ist die Aufgabe der Zeugen „*veritatem aliquam probare vel testificari*“ und nach IV. 44 (Hach S. 569) soll bei Klagen um Schuld ein kranker Zeuge in seinem Bett von einer Gerichtsdeputation vernommen werden und „*schall he de sake seggen up sin stervent, wat em darvan witlik is*“. Vgl. auch Cod. II. Art. 214. Nach dem alten Stadtrecht von Dortmund

§ 19. (Gengler. Cod. jur. municip. I. p. 875) heisst es von Zeugen „*prestito juramento veritatem enarrabunt*“. Nach den Goslarschen Statuten S. 96. Z. 19 müssen die Zeugen „*de sake benömen*“; nach den Freiberger Statuten S. 172 ist die genaue Angabe der zu bezeugenden Thatsache erforderlich „*und di lute muzen iz begrifen mit dem eide, wen iz mus ein gezuk sin.*“

Die Quellen erfordern so oft Zeugen, „*die dat vor war weten, den es wissentlich ist; die es sagen und horten* u. s. w.“ dass es überflüssig ist, hierfür besondere Belege anzuführen. Nach dem Richtsteig Landr. 8. § 3 und Magd. Fragen I. 15. d. 5[3]) müssen die Zeugen sogar Auskunft darüber geben, *war van it en witlik si*[4]).

Diese allgemeinen Aussprüche der Quellen werden bestätigt durch das, was sie über das Thema des Zeugenbeweises in speciellen Fällen anführen. Als einer Klägerin, welche die Entstehung ihrer Forderung mit dem Zeugniss der Geschworenen erhärten wollte, die Verklagte entgegnete, sie wolle ebenfalls ihre Unschuld mit dem Zeugniss von Geschworenen darthun und um ein Urtheil bat, ob sie nicht näher zum Beweise sei, erkannten die Brünner Schöffen (Schöffenbuch c. 680.) zu zu Gunsten der Klägerin:

quod potius suam affirmationem probare deberet per scabinos, quam rea suam negationem, quae directe probari non potest.

Sie fügen hinzu, dass, wenn die Verklagte eine bestimmte Thatsache, z. B. Zahlung behauptet hätte, das Beweisrecht ihr zugefallen wäre.

---

3) Die richtige Interpretation dieser mehrfach besprochenen Stelle ist die, dass sie zwischen Zeugen und Eidhelfern unterscheidet. Homeyer Richtsteig S. 471. Nro. 6.

4) Vgl. auch die bei Hänel a. a. O. S. 52 citirte Glosse zu Ssp. II. 22. § 4.

Den Abschluss eines Kaufes bekunden die Leikaufsleute, welche dabei gewesen und den Leikauf getrunken haben[5]); das Versprechen einer Morgengabe bezeugt man selbdritt mit den Hochzeitsgästen[6]); bei der Rückforderung eines Darlehns beweist der Kläger die Hingabe des Geldes *testimonio illorum, qui aderant* [7]). Bei der Klage auf Sicherstellung wegen eines an Zahlungsstatt gegebenen Zinses wird der Beweis normirt:

Bekennen nu die leute — di by dem Kaufe gewest weren — by erem eide, das der man mit sulchem undirscheide kauft hette das pferd adir di war, das der czins gewis were, so mus her em den czins gewis machen. Systemat. Schöffenr. V. c. 21.

Bei einer Schadensersatz-Klage wegen Beschädigung von Vieh durch einen schlecht angelegten Zaun führt der Kläger selbdritt den Zeugenbeweis *daz das vihe dissen schaden emphangen hette uf siner were*[8]); bei der Schadensersatzklage wegen eines von reissenden Thieren angerichteten Schadens bezeugt der Kläger selbdritt, dass der Verklagte *sie gehalden hebbe bit an die tiet, dat sie den scaden daden*[9]); bei der Ersatzforderung gegen den Hirten beweisst der Kläger selbdritt, *dy das sahen siner nackebur, daz man es (das vihe) in sin hutte treip*[10]).

---

5) Magdeb.-Goldberger R. § 16. (Tzschoppe u. Stenzel Urk. B. S. 273). Brünner Schöffenb. c. 57.

6) Goslar. Stat. S. 8. Z. 20; S. 95. Z. 1. Vgl. über die Klage auf Auszahlung einer Mitgift. Rechtsb. nach Distinctionen I. c. 15. d. 1.

7) Privileg. v. Medebach v. 1165 § 15. Statuten v. Soest § 30 Vgl. Münstersches Rechtsweisthum f. Bielefeld § 35. (Gengler. Stadtrecht S. 306.)

8) Rechtsb. n. Distinctionen II. 2. d. 15.

9) Sachsensp. II. 62. § 1.

10) Sachsensp. II. 54. § 6 a. E. Distinctionen II. 7. d. 7.

Die Zahlung wird bewiesen mit denen „*die dat sagen, dat he vergalt*[11]) und das Stadtrecht von Rüden Art. 130 (Seibertz Urkundenb. Bd. II. S. 92.) sagt ausführlicher: *De tughe solen zweren dat sey de betalinge geseyn ind gehort hebben und syn darover und an gewesen und myt welkerleye ghelde eder ware de betalinge gescheyn sy und in welker stedde. Yenen tughen, de nicht so en sweren, den en sal men in dem richte nicht geloven.*

Mit diesen Quellenzeugnissen ist die Auffassung Hänel's schlechterdings unvereinbar, „die Aufgabe der Gezeugen bestehe Alles in Allem darin, ein Urtheil über die moralische Tüchtigkeit und Glaubwürdigkeit des geleisteten Parteieides abzugeben und dadurch diesem eine erhöhte Kraft und Wirksamkeit zu verleihen“ (S. 54.) oder (S. 46.) „Auch die Gezeugen haben der Tendenz und dem Resultate nach nicht die Aufgabe, über einzelne, factische Vorgänge Aussage zu thun, damit sie das Gericht nach objectiven logischen Regeln für den Beweis und für seine entscheidende unpartheiische Ueberzeugung verwerthen könne. Vielmehr sprechen die Gezeugen selbst ein Urtheil, sei es nun zunächst über die Glaubwürdigkeit des Parteieides, sei es, dass ihr Eid sich richte auf das Beweisthema selbst, welches als ein einheitliches ein Urtheil enthält.“

Hänel stützt sich zum Beweise seiner Auffassung auf die Form des Zeugeneides und besonders auf die Formel: „*Der eyt, den N. gesworen hat, der ist rein und unmein*“. Allein diese Formel ist fast nur auf dem Gebiete des Strafrechts zu finden; in Civilprozessen kommt sie nur ausnahmsweise und vereinzelt vor. Hinsichtlich obligatorischer Rechtsverhältnisse wird sie nur erwähnt bei einem Schadensersatz-Anspruch im

11) Sachsensp. I. 65. § 4. Distinct. III. 9. c. 1. Von den zahlreichen Parallelstellen hebe ich nur hervor einen Mindener Rechtsbrief f. Hannover (Vaterl. Archiv f. Niedersachsen v. 1844. S. 416.) Das Zeugniss über die Zahlung sollen erbringen Leute, „*die dat geseyn eder gehord unde daran unde over gewesen hebben, dat de betalinge gechen sy.*“

Magdeb.-Görl. Recht v. 1304 Art. 139 zur Bestätigung der vom Kläger beschworenen Behauptung „*daz jener uffe en unrechte gebuwet hette*" und ausserdem in der Leobsch. Willkühr bei Böhme Diplom. Beytr. II. S. 11. und in den Freiberger Statuten 49, 37. (Schott. S. 285.) beim Beweise der Zahlung, also einer bestimmten Handlung, für welche die überwiegende Mehrzahl der Quellen ausdrücklich hervorhebt, dass man sie nicht mit Eidhelfern beweisen dürfe, welche die Credulität des Parteieides stärken, sondern mit Wissenszeugen, welche die Thatsache der Zahlung sinnlich wahrgenommen haben. Es ist aber auch gar nicht richtig, dass diese Formel mit Nothwendigkeit und überall „kein Urtheil über das Materielle der Sache, sondern nur über die subjective Wahrhaftigkeit des geleisteten Parteieides" enthalten habe. Da die Partei und die Zeugen eine und dieselbe Thatsache zu beschwören hatten, so war es — zumal bei den grossen Fährlichkeiten der Eidesleistung — ganz natürlich, dass nur Einer die Thatsache selbst nannte, die Uebrigen dagegen nur eidlich bekräftigten, dsss dasjenige, was sie soeben in Gegenwart von beiden Parteien und Richter und Schöffen gehört haben, wahr sei. Ein besonderes Gewicht kann man daher darauf nicht legen, wenn die Zeugen ausnahmsweise bei der Bestätigung der von der Partei eben beschworenen Thatsache sich derjenigen Formel bedienten, welche von den peinlichen Klagen her Jedem bekannt und geläufig war [12]).

---

12) Vielleicht dürfen wir dafür uns auf das Dresdner Sch.-Urth. be Wasserschleben S. 316 c. 167 berufen. Der Kläger Mathei hatte einen Beweis selbsiebend zu erbringen; er schwor „seynen Eyd" und die „Helffer" beschworen, dieser Eid sei rein und nicht meineide. Hierauf frug der Verklagte um ein Urtheil, *ab sy domite volkomen konden*. Die Schöffen erklärten es für genügend, wenn „*seyne helffer volgen den worten alzo und legen iczlicher czwene vinger uf die heiligen und sweren, der eid den mathei gethan had, der ist reyne und nicht meyneide alzo en got h. u d. h.*" Allerdings kann man unter den „6 *helffenden geczugen*" hier

Dagegen steht mit der Auffassung Hänel's schon der Umstand im Widerspruch, dass keineswegs immer die Partei mit dem Schwören beginnt und das volle Beweisthema in ihren Eid aufnimmt. Nach dem Sachsensp. III. 88. § 5. schwört bekanntlich die Partei gerade zuletzt; nach den Freiberger Statuten beschwört zuerst ein Zeuge die zum Beweise gestellte Thatsache, darauf beschwört die Partei „*daz di rede recht und war si, di jener vorgesworen hat*" und endlich schwört in ebenderselben Weise der andere Zeuge. (Schott S. 172. 187. 188. 193 fg. 199. 240)[13]). Bei diesem Verfahren bei Ablegung des Gezeugnisses schwindet jeder Schein, als sei der Eid der Gezeugen nur ein Credulitätseid, der verstärkend zu dem Parteieide hinzutrete.

Hält man nun fest, was durch die zahlreichen, oben angeführten Quellen-Aussprüche wol zweifellos sein dürfte, dass die Zeugen nicht ein von der Partei über die Schuld des Gegners, beziehungsweise über ihre eigene Nichtschuld, gefundenes Urtheil bekräftigen, sondern eine von ihnen wahrgenommene Thatsache objectiv bekunden, so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, dass ein Zeugenbeweis immer nur eintreten kann, wenn

---

wirkliche Eidhelfer verstehen (vgl. Homeyer Richtst. 467 Nr. 5.) und die Stelle auf einen Criminalprozess beziehen; allein für diesen Fall war die Formel des Eidhelfereides eine so feststehende, dass kaum eine Partei die Gültigkeit eines solchen Beweises hätte anfechten können und schwerlich Veranlassung gewesen wäre, sich darüber eine Rechtsbelehrung von Dresden kommen zu lassen. — Vgl. ferner Hannöversch. Stadtrecht (Vaterl. Arch. 1844. S. 398.) „*we mit uns syne borne vryheit thughen schal, de mot sweren an de hylghen, dat he vry gheboren sy von vader und von moder. Unde darna, so möten sweren dre tüghe van des vater weghene, dat de Eyd reyne und unmeine sy van des vaders weghene, unde dre tüghe van der moder weghen dat de Eyd reyne und ummeyne sy van der moder weghene.*" Dass hier die Zeugen trotz dieser Formel nicht blos die Glaubwürdigkeit des Parteieides attestiren, ergiebt sich daraus, dass drei ausdrücklich den freien Stand des Vaters, drei den freien Stand der Mutter bekunden sollen.

13) Vgl. Homeyer Richtst. S. 468. Note.

einerseits der Kläger Thatsachen angegeben hat, aus denen die Entstehung oder Existenz seiner Forderung sich ergiebt oder, wenn andererseits der Verklagte entweder diese concreten Behauptungen durch Thatsachen zu widerlegen oder neue, seine Schuld ausschliessende Thatsachen (Einrede-Behauptungen) zu erweisen sich erboten hat.

§ 8. Der Zeitpunkt der Klagensubstanzirung.

Bei der Schuldklage braucht nun aber die Auflösung des unsubstanzirten Partei-Urtheils in die Darlegung des concreten Thatbestandes keineswegs sofort bei dem ersten Klagevorbringen zu geschehen. Es ist allerdings dem Kläger unbenommen, sofort, wenn er die Klage erhebt, die Geschichtserzählung vorzutragen, sich auf Zeugen oder Gerichtszeugniss zu berufen und die Zuerkennung des Beweisrechts durch Urtheil zu verlangen. Allein aus einer grossen Zahl von Formeln und Rechtssprüchen ersehen wir, dass dies nicht nothwendig war. Der Kläger konnte zuerst schlechtweg seinen Anspruch, die *sculdegung*, erheben und eine Erklärung des Verklagten darüber verlangen. Bekannte der Verklagte, so beantragte der Kläger den Erlass eines Zahlungsbefehls resp. die Vollstreckung der Execution. Der Verklagte konnte jedoch, ehe er sich erklärte, fordern, dass der Kläger im Allgemeinen angebe, woher die Schuld rühre; *dat he pruve, eder he bekennen eder vorsaken wille,* wie die Glosse zu Sachsensp. II. 3. sagt. Hat der Kläger die Schuld benannt und der Verklagte „*neyn*“ dazu gesagt, so konnte jetzt der Kläger dem Verklagten den Unschuldseid verlegen [1], — nicht dadurch dass er durch Zeugen oder Gerichtszeugniss sein Urtheil mit einer grösseren Garantie zu versehen sich erbot, als sie der Verklagte durch seinen Unschuldseid für das seinige anbot[2], — sondern dadurch, dass

1) Behrend Observ. de act. simpl. pag. 19 sq.
2) So Hänel a. a. O. S. 130 ff.

er die factische Begründung seiner Forderung erbrachte und durch Zeugen oder Gerichtszeugniss darlegen wollte, oder auch bisweilen, wenn der Verklagte gewisse Thatsachen (das miethweise Bewohnen eines Hauses, die Verzehrung von Speisen und Getränken im Wirthshause, die Leistung von Gesindediensten u. a) einräumte, selbst zur eidlichen Beglaubigung der Höhe seiner Forderung verstattet zu werden verlangte.

Dem Character des Deutschen Prozessverfahrens entsprach es, dass diese Substanzirung bisweilen nach und nach, durch fortgesetzte Rede und Gegenrede der Parteien zu Tage trat. Hat der Kläger aber einmal in die Ableistung des Unschuldseides Seitens des Verklagten gewilligt oder einem den Unschuldseid zuerkennenden Urtheil zugestimmt, oder hat er die Prozessgewere gethan, so kann er nun nachträglich nicht mehr zu einer anderweitigen Substanzirung der Klage verstattet werden[3]).

Gosl. Stat. S. 79. Z. 1. *Wilköret oder vulbordet de kleghere umme sine scult enne edh to nemende, seder ne mach he nene tuch darover don. Vorsaket man ime der scult, er he den edh wilkörede, so mach he verst krighen over de dweren nacht unde neme denne den edh oder vormete sich denne tüghes, of dar nene ware ghedan ne is.*

Görlitzer Landrecht 34. § 4. *Swer von dem andirn beclagit wirt und der da wider vorsumit, daz er der were nicht ne bitit, dar mac der clagere sine clage wol merin unde bezzerin, swar mitë so er wil, die wile er im die were nicht getan ne hat.* Vgl. Sachsensp. I. 63. § 2. III. 14. § 2.

Magdeb. Fragen I. 4. d. 5 . . . *lat mir eyn recht werden, wenne her dy clage vor geweret hat, ab er sy nu gehohen moge.*

Ebenso sind weitere Einreden des Verklagten ausgeschlossen, nachdem dem Kläger das Beweisrecht zugesprochen worden ist.

3) Vgl. Planck. Beweisurtheil S. 78.

Hildesheimer Statuten (lat. Recens. Art. 42. Pufendorff Obs. IV. App. p. 286. — Deutsche Recens. Art. 39. ebendas. p. 291.) *Si quis alium pro debitis incusat, et si ipse negat esse debitorem, postmodum non potest ipse producere testimonium.*

§. 9. Das Beweisurtheil.

Bei der im Vorstehenden entwickelten Auffassung von der Klage und dem Character der Beweismittel des Deutschen Rechts erscheint der Deutsche mittelalterliche Prozess in einem sehr viel günstigeren Lichte als bei der bis jetzt herrschenden Ansicht. Nach der letzteren gleicht der Deutsche Prozess einer Auction. Der Kläger erhebt die Behauptung einer Schuld; der Verklagte bietet die eidliche Ableugnung; der Kläger überbietet ihn durch die Garantie von Zeugen; der Verklagte stellt das gleiche Gebot; der Kläger überbietet ihn nochmals — wo möglich — durch Gerichtszeugniss; der Verklagte kann auch dieses Gebot zu dem seinigen machen. Wer von beiden Theilen das höchste Gebot gethan hat, dem schlägt das Gericht das Beweisrecht zu, uud zwar mit der Maasgabe, dass bei gleichem Gebot immer der Verklagte vorgeht.

Für das Gericht bleibt von einer eigentlich juristischen Thätigkeit dann Nichts übrig, als die Beobachtung von verzwickten Formen bei Abhaltung dieser Lizitation und für die Parteien besteht die Kunst der Prozessführung lediglich in dem Vermeiden der zahlreichen Klippen und Fährlichkeiten bei dem Anbieten und Erbringen dieser „Garantien für ihr Urtheil.“

Glücklicher Weise besitzen wir eine so grosse Anzahl von Schöffen-Urtheilen, dass wir von der mittelalterlichen Jurisprudenz uns ein richtigeres Bild machen können. Woher kömmt es denn, dass die meisten Urtheils-Anfragen eine mehr oder minder ausführliche species facti enthalten und die Partei-Vorträge bisweilen complicirte Geschichtserzählungen sind,

wenn der deutsche Prozess im Wesentlichen immer nur aus dem Gegensatz eines Urtheils der Schuld und eines Urtheils der Unschuld zusammengesetzt war? Jede nähere Motivirung dieses Urtheils Seitens einer Partei war ja völlig unerheblich und konnte nur schaden, indem sie dem Gegner Gelegenheit bot, die Stichhaltigkeit dieses Urtheils anzugreifen. Und woher kommen die vielen Zweifel der Gerichte bei der Zuerkennung des Beweisrechts? Es ist allbekannt, dass ein sehr grosser Theil der uns erhaltenen Schöffen-Weisthümer darüber Auskunft ertheilt, wer von beiden Theilen zum Beweisrechte näher sei. Wäre immer derjenige zum Beweise gekommen, der die grössere Garantie für sein Urtheil anbot, so konnte darüber kaum ein Zweifel entstehen und die zahlreichen Bitten der Gerichte um Rechtsbelehrung darüber wären unerklärlich.

In Wahrheit konnten sich die Partei-Angaben auf die Gegenüberstellung eines Urtheils der Schuld und eines Urtheils der Nichtschuld nur bei der schlichten oder Einhands-Klage beschränken, bei welcher der Verklagte seine Nichtschuld eidlich erhärtete. In allen übrigen Fällen mussten Thatsachen unter Beweis gestellt werden und das Gericht hatte vor Allem die Relevanz dieser Thatsachen zu prüfen.

Der Begriff der schlichten Klage um Schuld beruht nach vorstehenden Erörterungen demnach nicht blos auf dem Mangel an Beweismitteln oder, um der herrschenden Anschauungsweise gemäss zu reden, an Beglaubigungsmitteln für den klägerischen Anspruch, sondern er betrifft auch materiell die Begründung der Klage und demgemäss den ganzen Character des Prozesses. Hätten alle Klagen um Schuld dieselbe Structur gehabt, wie sie die schlichte Klage haben konnte, d. h. hätten sie nur aus zwei, einander gegenübergestellten Partei-Urtheilen bestanden, so hätte es gar kein materielles Obligationen-Recht von practischer Wirksamkeit im mittelalterlichen Recht geben können, sondern nur Vorschriften über die pro-

zessualische Geltendmachung und Vollstreckung der Forderungen. Die Schuldverhältnisse nach ihrer materiellen Seite hätten die Parteien selbständig und ausschliesslich begutachtet und ihr Urtheil, mit den obligaten Garantien subjectiver Richtigkeit versehen, dem Gericht aufgedrängt, dass lediglich nach diesen Garantien hätte entscheiden dürfen, welches von beiden Partei-Urtheilen es zu acceptiren habe. Jeder wäre Richter in eigener Sache gewesen, ohne dabei irgend einer unparteiischen Controle unterworfen zu sein, ob er sich bei seinem Urtheil an die Vorschriften des objectiven Rechts bindet oder nicht. Eine wirkliche Rechtspflege hätte nicht Platz gefunden. In Wahrheit gab es aber neben der schlichten Klage noch eine andere Art, die man im Gegensatz dazu als die fundirte oder motivirte Klage bezeichnen kann[1]), und die anzustellen, der Kläger in allen Fällen ein begründetes Interesse hatte, in denen er das Schicksal seines Prozesses nicht dem Gewissen des Verklagten anheimstellen wollte.

Von dieser Auffassung aus erscheinen die bisherigen Versuche, die Vertheilung des Beweisrechts unter eine einfache, einheitliche Formel zu bringen, sämmtlich verfehlt, wie sie auch sämmtlich bei einer Anwendung auf die uns erhaltenen Schöffen-Urtheile nicht Stich halten. So einfach war das Rezept für Zuerkennung des Beweisrechts keineswegs, wie es nach den Ausführungen Plancks, Platners, Hänels u. s. w. erscheint. Es war vielmehr in jedem einzelnen Falle zu prüfen,

---

1) Der Ausdruck *slecht* im Gegensatz zu „motivirt“ findet sich öfters; z. B. ein *slecht gelöbde* d. h. ein Versprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes, System. Schöffenr. III. 2. c. 133; *slechtlichin loikenen* Magd. Frag. I. 16. d. 3. u. oft für das Bestreiten der Klage ohne Gegenüberstellung von Einreden. Vgl. Behrend de simpl. act. pag. 4. In demselben Sinne gebrauchen wir noch jetzt das Wort in Wendungen, wie „etwas schlechthin behaupten, schlechtweg bestreiten u. dgl.

von welcher Thatsache die Entscheidung des Rechtsstreites abhing. Dass man dabei zu viel einfacheren Beweisurtheilen kam als im heutigen Prozess, rührte daher, dass es unzulässig war, eine Thatsache zu bestreiten und dennoch eine Einrede gegen dieselbe vorzubringen. Wer einer Klage den Einwand der Stundung oder Zahlung oder dgl. entgegensetzte, hatte den Rechtsgrund der Forderung zugestanden; wer die Entstehung der Forderung überhaupt bestritt, konnte andererseits nicht für den Fall, dass sie erwiesen werden sollte, Einreden vorschützen. Compensations - Ansprüche im weitesten Sinne des Wortes konnte man nur im Wege der Widerklage erheben, nachdem die zuerst anhängig gemachte Sache entschieden war. Aus dieser Prozessmaxime namentlich ergab es sich, dass in der Regel von dem Beweise Einer bestimmten Thatsache die Entscheidung abhing. Diese entscheidende Thatsache herauszufinden, das war die Kunst der mittelalterlichen Jurisprudenz, darin zeigte sich die Logik und Rechtskunde der Fürsprechen und Schöffen. Die erste Aufgabe für die Rechtsprechung bestand darin, das thema probandum herauszufinden, und diese Aufgabe konnte nicht nach einer Schablone, sondern nur gemäss den concreten Verhältnissen des einzelnen Falles und den sie beherrschenden Regeln des materiellen Rechts gelöst werden.

Wäre die Auffassung richtig, dass die Beweismittel nur die Bedeutung haben, das Urtheil der Parteien über Schuld oder Nichtschuld mit einer Garantie zu versehen, so müsste in allen Fällen diejenige Partei zum Beweise gelangen, die das stärkere Beweismittel anbietet. Allein dies ist keineswegs der Fall; in erster Linie entscheidet vielmehr lediglich die rechtliche Relevanz der Prozessbehauptungen der Parteien.

Dem Verklagten konnte sein Recht zum Unschuldseid nicht dadurch abgeschnitten werden, dass der Kläger irgend eine unerhebliche Thatsache mit Zeugen oder mit Gerichts-

zeugniss erweisen wollte[2]), sondern nur dadurch, dass der Kläger das Rechtsgeschäft, aus dem die Schuld hervorgegangen war oder das Anerkenntniss der Schuld Seitens des Verklagten oder dasjenige vom Verklagten bestrittene Factum, aus dem sich die Schadensersatz-Verbindlichkeit des letzteren ergab, zu beweisen sich erbot. Es kann ferner der Verklagte, auch wenn er mit Gerichtszeugniss oder, was demselben gleichsteht, mit Schöffenbriefen verklagt wird, den Einwand der Zahlung mit zwei Privatzeugen erbringen[3]); oder er kann, wenngleich der schuldige Kaufpreis mit Zeugen eingeklagt wird, die Gewährung einer Zahlungsfrist unter einem Jahr mit seinem alleinigen Eide beweisen[4]). Wird Jemand wegen vorehelicher Schulden seiner Frau beklagt, so entgeht er mit seinem alleinigen Eide, dass die Frau kein Vermögen eingebracht hat, ohne dass irgend etwas darauf ankömmt, wie der Kläger etwa die Entstehung der Forderung beweisen will[5]).

War die nach Lage des Falles erhebliche Thatsache bestritten, so trat jetzt allerdings die Regel ein, dass jeder Beweis ein formeller und streng einseitiger ist. Deshalb und nur deshalb erscheint das Recht zum Beweise zu gelangen als ein prozessualischer Vortheil[6]).

Diesen Vortheil genoss der Angegriffene insofern, als er eine ihm zur Last gelegte Erklärung oder Handlung (*sve icht*

2) Von den Stellen, in denen trotz des Erbietens eines Gerichtszeugnisses Seitens des Klägers dem Verklagten der einfache Unschuldseid zugesprochen wird, führe ich beispielsweise an das bei Behrend Magdeb. Fragen S. 242 abgedruckte Urtheil, welches unsere Ansicht mit besonderer Deutlichkeit bestätigt.

3) Freiberger Stat. 49, 38. 40. (S. 285) Magd. Frag. II. 2. d. 9 Böhme VI. S. 104. al. 4., S. 120. al. 3. Systemat. Schöffenrecht III. 2. c. 26. 27. M. Sch.-U. bei Bischoff Beitr. z. Gesch. d. Magd. R. (Wien 1865). S. 9. u. v. a.

4) Freiberger Statut. 49, 37 (S. 285) Distinctionen III. 13. d. 2., 10. d. 5.

5) Freiberger Stat. 5., 30. (S. 179.)

6) Homeyer Richtst. S. 482.

borget oder lovet . . . unde svat he dut“ Ssp. I. 7.) eidlich bestreiten konnte. Durch Berufung auf Gerichtszeugniss und nach den städtischen Rechten auch durch Berufung auf Privatzeugen konnte ihm jedoch der Eid verlegt werden. Der Kläger erlangt jedoch nicht in allen Fällen, wenn er mit Zeugen klagt, das Beweisrecht, wie häufig behauptet wird, sondern nur dann, wenn der Verklagte die Entstehung der Schuld „schlechthin“ leugnet [7]). Der Verklagte kann vielmehr auch einer Klage mit Zeugen gegenüber das Beweisrecht erlangen, und zwar nicht nur für relevante Einrede-Behauptungen, z B. Zahlung, Vergleich, Stundung, sondern auch dann, wenn er sich erbietet, seinerseits das Gegentheil der Thatsache, welche der Kläger mit Gerichtszeugniss oder Privatzeugen beweisen will, mit denselben Beweismitteln darzuthun.

Gosl. Stat. S. 94 Z. 15. *Wes men mit gherichte unde dinghlüden vulkomen mach, dat mut men liden, men ne moghe's sich untreden mit richtern unde dinghlüden* [8]).

Magd. Fr. I. 20. d. 1. *Loukent abir eyn man des .. so mag her des unschuldig werdin in sulchir wisze als man yn anclaget, mit geczuge adir ane geczug.* Vgl. ebend. I. 1. d. 20. und II. 3. d. 3 [9]).

Schöffenrecht der Dresdner Hdschr. c. 221 (Wasserschleben S. 111.) *Beclagit eyner den andirn umb gelt*

---

7) Hallischer Schöffenbrief v. 1235. § 30. „*si autem plane negaverit.*“ Bresl.-Magdeb. R. von 1261 § 78. „*alse verne alse jener spricht, her si is unschuldig.*“ Magd. Frag. II 2. d. 13. „*Ab eyn man mit geczuge claget unde der ander slecht antwortet.*“ System. Schöffenr. III. 2. c. 32. Magdeb.-Görl. R. Art. 25 a. E. 43. 127.

8) Die Annahme v. Bar's Beweisurtheil S. 52 Note 54, dass der Gegenbeweis auf Bezahlung der Schuld sich beziehe, hat in den Worten keinen Anhalt, das *es* in „*men ne moghe's*“ weisst vielmehr deutlich darauf hin, dass der Gegenbeweis dieselbe Thatsache betrifft, wie der Hauptbeweis.

9) Siehe auch Behrend Magdeb. Fr. im Glossar unter „Beweisvorzug.“

adir umb wunden ... mit geczeuge und wirt dem cleger daz geczug geteylit adir wirt ym der czog gelozen von dem antworter, zo sal . . . etc. Adir wirt dem antworter das geczeug geteylet, der . . . [10]).

Brünner Schöffenb. c. 4. a. E. Die Brünner Schöffen hatten dem Kläger das Beweisrecht zuerkannt, da es an einer relevanten Einrede-Behauptung fehlte, und sie fügen hinzu:

Nic ista diffinitio contrariatur juri communi, quo dicitur, quod reus potius se et sua possit defendere. Hoc enim est verum, cum actor et reus aequaliter pro eodem tempore aliquod factum vel non factum esse probare nituntur. Unde etiam si reus obligasset se ad repellendum promissum, quod actor allegaverat, tunc se et sua bona potius defendere, quam ipsum actor convincere potuisset.

Die Freiberger Statuten (Schott S. 203. 204) beschreiben ausführlich „*wie man gezuk mit gezuge brechen sall*", auch Gerichtszeugniss mit Gerichtszeugniss. Der mittelalterliche Prozess kannte daher allerdings gegen einen im Prozess einmal zugesprochenen und erbrachten Beweis keinen Gegenbeweis, wol aber das Erbieten zum directen Gegenbeweis per vom Gegner aufgestellten Behauptung, so lange über das Beweisrecht noch nicht erkannt ist.

Die Einseitigkeit des Beweisverfahrens hat demnach die Wirkung, dass in Betreff derjenigen Thatsache, von welcher die Entscheidung des Prozesses abhängig ist, unter den Parteien eine Art von Ueberbieten hinsichtlich des Beweismittels stattfinden kann; vorerst aber hat das Gericht das Beweisthema selbst zu finden, und dasselbe betrifft nicht die Glaubwürdigkeit des Partei-Urtheils, sondern wie in jedem rationellen Civilprozess eine bestrittene, erhebliche Thatsache.

---

10) Vgl. Sch.-U. bei Wasserschleben S 408. c. 55 ... *wollen sy* (die Verklagten) *dy geczukeniss nicht leydin, so mussen sy insampt mit czwen geczugen unschuldig werdin . . . .*

Zweites Capitel.

Die Klagen um Mobilien.

I. Abschnitt. Allgemeine Lehren.

§ 10. Begriff und juristischer Character.

Man pflegt hinsichtlich der Klagen um eine individuell bestimmte, bewegliche Sache in der germanistischen Literatur zwischen der dinglichen Klage und der Kontractsklage zu unterscheiden. Als die Hauptart der dinglichen Klagen betrachtet man die Anefangsklage; aber auch bei der Klage ohne Anefang stellt man die auf ein dingliches Recht gestützte, der Vindication analoge Einforderung einer Sache der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe einer Sache gegenüber. Man hat diese Unterscheidung mit der Gewere in Verbindung gebracht, theils, indem man überall eine Gewere zu Grunde legte, wo man eine dingliche Klage begründet fand, theils, indem man umgekehrt jedem, dem man eine Gewere zuschrieb, auch eine dingliche Klage zuerkannte. Man hat ferner die Schwierigkeiten, welche die Quellen hinsichtlich der Beweisvertheilung bieten, durch die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Klagen zu lösen versucht.

Allein man macht sich bei dieser Unterscheidung einer Hineintragung römisch-rechtlicher Auffassungen in das mittelalterliche Recht schuldig, die demselben nicht nur insofern fremd sind, als diese Art der Klagen-Eintheilung dem Mittelalter nicht zum Bewusstsein gelangt war, sondern die auch den Grundsätzen des mittelalterlichen, materiellen und Prozes-Rechts geradezu widerstreiten.

Ehe wir jedoch im Einzelnen auf den Nachweis dieser Behauptungen eingehen und die den Quellen entsprechende Klassificirung der Klagen darlegen, ist es nothwendig, den Begriff der dinglichen Klage selbst vorher festzustellen, damit nicht der Streit ein blosser Wortstreit werde.

Das Römische Recht, welches die Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Klagen ausgebildet und consequent durchgeführt hat, und dem unsere heutige Rechtstheorie sich anschliesst, gründet diesen Unterschied einzig und allein darauf, ob eine Klage auf einem dinglichen oder einem persönlichen Rechtsverhältniss basirt ist. Jede Klage entspricht einem bestimmten, im objectiven Rechte anerkannten Rechtsinstitut, die dinglichen Klagen den dinglichen Rechten[1]. Dinglich ist nur diejenige Klage, welche die Geltendmachung eines dinglichen Rechts ist.

Die einzige scheinbare Schwierigkeit bei dieser Begriffsbestimmung der dinglichen Klage entsteht durch die Actio publiciana. Dieselbe ist unzweifelhaft eine dingliche Klage und doch ist sie auf kein dingliches Recht, sondern auf die bonae fidei possessio gestützt. Es giebt also eine dingliche Klage, die nicht die Geltendmachung eines dinglichen Rechts ist. Allein die Römer begründen diese Klage ausdrücklich mit der Fiction, die bonae fidei possessio habe sich durch Ablauf der Usucapionszeit in Eigenthum verwandelt.

> Gajus. IV § 36. Nam quia non potest eam ex Jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit . . . cf. § 3. 4. Jnst. de action. (IV, 6.)

---

1) Wir sehen hier selbstverständlich von der rein formellen Bezeichnung aller Klagen, bei denen die Formel nicht in personam concipirt war, als actiones in rem ab, z. B. den Statusklagen. Es ist dies eine rein technische, dem Formular-Prozess eigenthümliche Ausdrucksweise, die für den Gegenstand unserer Untersuchung bedeutungslos ist.

Ulpian L. 7. § 6. Dig. de publ. in rem act. (VI, 2.) Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

Ihrem Begriffe nach ist mithin die publicianische Klage eine Eigenthums-Klage, ihr begriffliches Fundament ist ein dingliches Recht, nur thatsächlich ist sie auf einen Fall ausgedehnt, in welchem es an den strengen Erfordernissen des Eigenthumserwerbes gebricht.

Würde man nun in ähnlicher Weise von einer dinglichen Klage des Deutschen Rechts nur in solchen Fällen reden, in denen ein Rechtsverhältniss, das an sich nicht dinglich ist, ebenso wie ein dingliches rechtlich geschützt, einem dinglichen Recht gleichgestellt wird, so liesse sich dagegen Nichts einwenden. Immerhin müsste man aber das Klagefundament dabei im Auge behalten.

Man pflegt aber an Stelle des entscheidenden Merkmals der dinglichen Klage ein anderes zu substituiren, dass den Begriff selbst wesentlich verändert. Man nennt in der Regel diejenige Klage dinglich, welche contra quemcunque possidentem angestellt werden kann. Für das Römische Recht genügt der Hinweis auf die actiones in rem scriptae, dass dieses Merkmal nicht das Kriterium für die Dinglichkeit abgiebt. Die actio quod metus caussa ist anerkanntermassen keine dingliche Klage und zwar deshalb nicht, weil der Kläger seinen Anspruch auf Zurückgabe der erpressten Sache nicht auf ein dingliches Recht, dass er an derselben habe, sondern nur auf die Thatsache der gewaltsamen Besitzentziehung zu stützen braucht. Man kann daher auch die Anefangsklage nicht als eine dingliche Klage bezeichnen, wenn man zugiebt, dass der Anefangskläger weder Eigenthum noch ein anderes dingliches oder quasi-dingliches Recht an der Sache, welche den Gegenstand der Klage bildet, darzuthun braucht. Wir werden unten den Nachweis ausführlich erbringen, dass die Anefangsklage

durchaus nicht als Geltendmachung eines dinglichen Rechtes sich charakterisirt. Andererseits ist man einverstanden darüber, dass der Kläger die Herausgabe einer Sache, selbst wenn er in der prägnantesten Weise sein Eigenthum an derselben hervorhebt und darthut, von dem Besitzer nicht verlangen kann, so weit ihm der Grundsatz Hand wahre Hand entgegensteht. Wir haben sonach auch Fälle, in denen die Klage, trotzdem ihr ein dingliches Recht zu Grunde liegt, dennoch nicht contra quemcunque possidentem gerichtet werden darf. Ebenso unhaltbar ist der von Hänel Beweise S. 137. 138. formulirte Begriff, dass das Wesen der dinglichen Klage darin besteht, „dass sie unmittelbar die Hand auf dis Sache selbst legt, diese rechtlich ergreift. Sie will vom Beklagten nicht eine Handlung, sie will prinzipaliter das Ding. die Sache. Darum bleibt es immer das characteristische Kennzeichen derselben, dass sie nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache gerichtet wird und werden kann [2]." Denn jeder auf Anschaffung einer individuell bestimmten Sache gerichtete Vertrag, ferner jedes obligatorische Verhältniss, welches die Verpflichtung zur Rückgabe einer Sache begründet, erzeugt eine Klage auf Auslieferung der Sache selbst. Auch hier will der Kläger „vom Beklagten nicht eine Handlung, sondern er will prinzipaliter das Ding, die Sache." Hänel nennt eben jede Klage eine dingliche, welche auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache geht und desshalb allerdings nur gegen denjenigen durchgeführt werden kann, der die verlangte Sache inne hat. Allein dieser Begriff der dinglichen Klage ist ein ganz willkührlicher. Er ist viel zu weit und von Hänel selbst nicht inne gehalten, wenn er bei der Klage auf Zurückgabe einer geliehenen oder deponirten Sache S. 153 ff. selbst sehr scharf unterscheidet zwischen der auf die Obli-

2) Fast ebenso Bluntschli in der kritischen Ueberschau. Bd. VI. S.197.

gation gestützten Zurückforderung und der Geltendmachung eines dinglichen Rechtes des Klägers.

Die deutsch rechtlichen Quellen nennen eine solche Klage, welche Bluntschli und Hänel dinglich nennen, vielmehr sehr correct *eine clage umme gut*, *umme varende have*, und wir müssen diese Bezeichnung nothwendig beibehalten und nicht dafür den Namen „dingliche Klage" unterschieben, wenn wir uns vor der fast unausweichlichen Gefahr hüten wollen, bald den Gegenstand der Klage, bald das Fundament der Klage zum Eintheilungsgrunde zu machen. Denn das Römische Klagesystem ist uns so sehr in Fleisch und Blut übergegangen, dass wir bei einer dinglichen Klage fast unwillkührlich an ein dingliches Recht, das sie verfolgt, denken, während die Klage um Gut des Deutschen Rechtes sowohl obligatorische als dingliche Ansprüche umfasst und im bewussten Gegensatz zur Klage um Geld oder Schuld gesetzt wird, also nur darauf sich bezieht, dass eine individuell bestimmte Sache den Gegenstand des Klage-Antrages bildet[2a]). Es wird sich im Verlauf der Darstellung herausstellen, dass bei den Klagen um fahrende Habe allerdings auch dingliche Rechte der Parteien Gegenstand der prozessualischen Erörterungen werden können und dass von ihrer Feststellung unter Umständen die Entscheidung des Prozesses abhängig ist. Allein das dingliche Recht ist ebenso gut wie irgend ein obligatorisches Recht nur ein Titel, um die Sache zu „behalten"; zwischen dinglichen und obligatorischen Titeln auf den Besitz der Sache besteht kein specifischer Unter chied, der für die Anstellung der Klage, die Prozessverhandlungen, das Urtheil oder die Executionsvollstreckung von Belang wäre.

Weit verbreitet, ja fast herrschend ist die Ansicht, dass die Quellen den Unterschied dinglicher und persönlicher Klagen

2a) Siehe oben S. 6 fg.

durch technische Ausdrücke bezeichnen; insbesondere mit *vorderung* die persönliche (Contracts-) Klage, mit *sik to tien* und *anefangen* die dingliche Klage. Dies ist durchaus unrichtig.

So wie dem mittelalterlichen Deutschen Rechte die Unterscheidung nach dem Klagefundamente überhaupt fremd ist, so hat auch das Wort *vorderung* keine Beziehung darauf: es bedeutet ganz allgemein jeden Klage-Anspruch[3]) und insbesondere jeden Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache oder auf Leistung einer Entschädigung. So weisen z. B. die Magdeb. Schöffen eine Erbschaftsklage mit den Worten zurück: *so en mag her sich czu dem Erbe nicht czihen noch eynige vorderunge dortzu thun*[4]). Die Vindication eines Grundstücks wird wegen der auf Seiten des Besitzers entstandenen rechten Gewere zurückgewiesen: „*so haben sy ore forderunge vorswegen und habin dar keyne ansproche meher*[5])". In unzähligen Urkunden über Auflassungen oder Veräusserungen verzichtet der Verkäufer auf „*alle vorderunge oder ansprache*". Der Executionsantrag wird als „*vorderunge uf daz gut*" bezeichnet[6]) und *gut und erbe dirfordern*" ist der technische Ausdruck für die im Wege der Execution verlangte Adjudication. Sogar die Ansprüche des Lehnsherrn an das Grundstück werden als *vorderungh* bezeichnet; Urk. v. 1267 bei Lacomblet Urk. B. II, 572. „*dit han wir ouch by sulchen vorworden gedan, dat dieselbe vrouwe al ir recht unde ire vorderinge beheldet an dem huse ze Windecke.*"

---

3) z. B. auch bei Delictsklagen „*vorderunge eines totschlages*" u. dgl Vgl. z. B. Magdeb. Frag. I. 2. d. 14. 15; III. 1. d. 1. 13; System. Schöffenrecht III. 1. c. 39; „*vorderung eynir acht*" ebend. III. 2. c. 108.

4) Sch.-Urth. 55 bei Stobbe Beiträge S. 123. Vgl. Magd. Fr. I. 6. d. 4. *Hat der man adir vrouwe ir angestorben erbe bynnen jar unde tage nicht gefurdert,*

5) Sch.-Urth. 23 bei Wasserschleben I. S. 375. Ebenso Rechtsb. v. Mühlhausen (Förstemann Neue Mittheil. Bd. VII. S. 90) „*so habin si uri vordirungi virlorn.*"

6) z. B. im Syst. Schöffenr. III. 2. c. 69. Rubr.; c. 70 a. E., c. 120.138.

Wenn Sachsensp. II. 60. § 1. und die grosse Zahl von Rechtsquellen, welche diese Stelle wiederholen, sagen, wer eine Sache versetzt oder verleiht, „*die ne mach dar nene vorderunge up hebben ane uppe den, deme he sie leich oder versatte*", so schiebt man diesem Satz doch einen gar zu trivialen Sinn unter, wenn man ihn dahin versteht, die Contractsklage sei nur gegen den Pfandgläubiger oder Commodatar zulässig. Der Sinn ist vielmehr ohne Zweifel der, dass überhaupt die Klage gegen Dritte unzulässig ist.

Ebenso unrichtig ist es, in dem Ausdrucke „*sik tien to ener sake*" einen technischen Ausdruck für eine dingliche Klage zu sehen [7]). Dass *sik to tien* und *vorderunge* als ganz gleichbedeutend gebraucht werden, ergeben das eben citirte Magdeb. Sch.-U. bei Stobbe Beiträge S. 123 und Kulm IV. c. 109. Dasselbe beweist ferner die Vergleichung von Sachsensp. II 60. § 2, wo die Klage auf Rückgabe einer verliehenen Sache aus dem Nachlass bezeichnet wird „*so tie he sik to sime gude mit rechte jegen den erven* [8])", mit dem Hamb. Recht v. 1270. IX. 21, welches denselben Rechtssatz formulirt: „*he scholde it vorderen uppe syne erven*[9])" und den Freiberger Statuten bei Schott III. S. 299: „*so mag er dy fforderunge thun zcu synen erben noch syme gute*[10])".

---

7) Albrecht Gewere S. 91. Hänel a. a. O. S. 156. Siegel Erbrecht S. 186. Rückert Sachenr. S. 214 u. v. a.

8) Ebenso Distinctionen IV. 42. d. 14. Magd.-Görl. Art. 113. Prager Rechtsb. 171.

9) übereinstimmend Statuten v. Stade VI, 18 (Pufendorf. Obs. I. App. p. 205) Bremer Ord. 98 (bei Ölrichs S. 124) u. a.

10) Vgl. Albrecht a. a. O., der um seine Behauptung zu rechtfertigen, dem Verf. des Sachsensp. eine Ungenauigkeit des Ausdrucks vorwirft.—Gaupp Zeitschr. f. deutsch. R. I. S. 114. 126. Platner Histor. Entw. II. S. 304. — Ueber die allgemeine Bedeutung, die der Ausdruck „sich ziehen" in der Rechtssprache des Mittelalters hat, vgl. auch R. Schröder in der Zeitschr. f. Deutsch. Alterth. XIII. S. 146.

Der Anefang aber bezieht sich nicht auf die Substanzirung der Klage, sondern auf die prozessualische Art ihrer Anstellung. Es wird unten näher dargelegt werden, dass es völlig in das Belieben des Klägers gestellt ist, statt mit Anefang zu klagen, eine sogen. schlichte Klage anzustellen. Der Anefang ist daher nicht „der deutschrechtlichen Vindication" charakteristisch, denn überall, wo man mit Anefang klagen kann, kann man auch ohne Anefang klagen; und wenn der Anefang geschieht, so geht keine Darlegung eines dinglichen Rechts an der Sache und keine richterliche *caussae cognitio* über das Vorhandensein dieser Voraussetzung voraus. Auch die nachträgliche Entscheidung darüber, ob der Anefang gerechtfertig war oder nicht, bestimmt sich nach einem ganz andern Kriterium als darnach, ob der Kläger ein dingliches Recht an der litigiösen Sache darzuthun vermochte oder nicht [11].

Die Unterscheidung der Klagen um fahrende Habe in dingliche und persönliche ist demnach, als den Quellen nicht entsprechend, zurückzuweisen. Daraus folgt freilich keineswegs, dass alle Klagen um Mobilien gleichartig seien. Bevor wir jedoch auf die, in den Quellen selbst begründete, Classifizirung dieser Klagen eingehen, ist es erforderlich, ein aus dem allgemeinen Begriff dieser Klagen hervorgehendes, und darum allen gemeinsames Merkmal zu erörtern.

---

11) Die Bedeutnng des Wortes *unterwinden* bedarf demnach keiner besonderen Erörterung; denn diejenigen, welche dem Worte eine technische Bedeutung beilegen, erklären es für identisch mit *anefangen*. In Wahrheit ist seine Bedeutung eine viel weitere; es umfasst alle Fälle, in denen Jemand einer Sache oder auch eines Rechts (Vormundschaft, Gericht, Regierung, Zehntrechts u. dgl) sich bemächtigt, gleichviel ob mit richterlicher Hülfe oder aussergerichtlich, ob auf Grund eines Rechtstitels oder mit unrechter Gewalt, ob in dem Sinn eines formellen Rechtsactes oder rein factischer Apprehension.

§ 11. Die Passivlegitimation und der Anspruch auf Ersatz des Werthes.

Da das gemeinsame charakteristische Merkmal der Klagen *umme gut* darin besteht, dass die Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gefordert wird, so folgt daraus, dass diese Klagen nur gegen den Besitzer der geforderten Sache angestellt werden können. Der Verklagte kann daher jede fernere Einlassung auf die Klage dadurch ablehnen, dass er den Besitz der geforderten Sache leugnet. Eine solche Behauptung ist für die Erörterung der klägerischen Ansprüche präjudizirlich und daher zunächst zu erledigen

Wegen dieses präjudiziellen Characters der mangelnden. Passivlegitimation sagen die Quellen, der nicht besitzende Verklagte braucht auf eine Klage um Gut nicht zu antworten

Sachsensp. III. 31. § 2. *Stirft aver jene uppe den die klage gat, sine erven ne antwerden darvore nicht, si ne hebben dat gut under en, darumme jene beklaget was.* — Prager Rechtsbuch c. 5. (Rössler S. 104).

Für die Klage wegen gestohlener Sachen erhärtet es

System. Schöffenr. V. c. 20. *Noch dem male der man sine gestolne war adir habe mit dem richter in des mannes gewere, der se kauft hatte, nicht begriffen hat, zo darf her* (der Verklagte) *em dorumbe nicht antworten.* Vgl. Gosl. Stat. S. 87 Z. 34. Distinct. IV. 42 d. 21.

Besitzt der Verklagte nur Namens eines Andern, so kann er sich von dem Prozess dadurch frei machen, dass er die Sache entweder sofort dem Deponenten in Gegenwart des Klägers einhändigt, oder dass er im Namen des Gerichts den Deponenten mit zwei Zeugen zur Antwort vorladet. Sachsenspiegel III. 5. § 1. Richtst. c. 14. Glogauer Rechtsb. 161. Vgl. Gosl. Stat. 66 Z. 6 ff.[1])

---

1) Planck Zeitschrift f. d. R. X. S. 258.

Ist die Behauptung des Klägers, dass der Verklagt im Besitz der litigiösen Sache sich befinde, mit Beweismit ln nicht unterstützt, so kömmt der Verklagte zur Erhärtung seiner verneinenden Behauptung mit seinem alleinigen Eide.

Sachsensp. I. 15. § 2. *Sculdegetman den man umme dat, des he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unscult*[2]).

Dieser Eid ist jedoch nicht zulässig, wenn der Besitz des Verklagten constatirt ist, also insbesondere wenn mit Anefang geklagt worden ist[3]), oder wenn der Kläger mittelst einer gerichtlichen Haussuchung, durch leibliche Beweisung, feststellt, dass der Verklagte die Sache inne hat.

Sachsensp. a. a. O. *Svat man aver under ime bewisen mach, darvore mut he antwerden ane unscult.*

Gosl. Stat. S. 81 Z. 13. *Wat man en enes weren bewisen mach, des he woldich is, dar mot he vore antwarden*[4]).

Nach dem Sächs. Landrecht konnte der Eid nur verlegt werden durch ein gerichtliches Beweismittel, nach den städtischen Rechtsquellen kann der Kläger den Eid des Verklagten auch in diesem Falle durch Privatzeugen ausschliessen.

System. Schöffenr. V. c. 6. *Mag abir der man... bewisin salbdritte uf den heil., daz her dy varnde habe un-*

---

2) Vgl. hinsichtlich der Forderung von Heergeräthsstücken: Ssp. I. 22. § 4. Distinct I. 8. d. 1.; 17. d. 1. Das Gleiche gilt von der Klage um Gerade: Hallisches Recht. v. 1235 § 24, und im Allgemeinen von dem Anspruch auf Nachlasssachen: Dresdn. Sch.-U. bei Wasserschleben S. 302. c. 161. Leipziger Sch.-U. ebendas. S. 166. c. 32. Magd.-Stendal. Urth 26. § 1. Naumb. Samml. v. Schöffenspr. bei Mühler Rechtshandschr. S. 75. Nro. 3. Ueber die Klage auf Rückgabe eines Pfandes, wenn der Verklagte den Besitz des Pfandes bestreitet vgl. Distinctionen III. 17. d. 8.

3) Siehe unten § 13.

4) Vgl. Sachsensp. I. 13. § 1. 22. § 4. Richtst. Ldr. 11. § 3. 16. § 1. Magd. Frag. I. 20. d. 1. Sch.-U. v. Donyn bei Wasserschl. S. 371. c. 19. Naumb. Sammlung a. a. O. S. 75. Nro. 5. Freib. Stat. V. 12. 21.

dir ym hot, zo kan her keyne unschult do vor nicht gethun. Vgl. auch Magdeb.-Stend. Urth. 26. § 1.[5]) und Freiberger Stat. V. 12. (Schott. S. 174).

Die rechtliche Bedeutung des vom Verklagten zu leistenden Eides ist aber nur die eines Manifestations-Eides; über das Recht des Klägers selbst wird durch den Eid durchaus Nichts entschieden.

Den Inhalt des Eides giebt der Richtsteig 11. § 3. dahin an: „*unsculdich bin ic, dat ic des sines icht hebbe*". Hierbei liegt der Nachdruck nicht auf den Worten: „*des sines*" d. h. der Verklagte schwört nicht, dass der Kläger auf die in Anspruch genommene Sache kein Recht habe, sondern auf *hebbe*, er schwört, dass er die geforderte und vom Kläger bezeichnete Sache nicht in Händen habe. Es folgt dies, von allen andern Gründen abgesehen, daraus, dass dieser Eid durch leibliche Beweisung verlegt werden kann; die leibliche Beweisung kann aber immer nur die Thatsache der Innehabung, niemals das Recht des Klägers auf die Sache darthun.

Aber auch wenn der Eid geleistet wird, steht es dem Kläger frei, die Sache nachher mittelst Anefanges zu fordern, wenn er Gelegenheit dazu findet. Der vom Verklagten geschworene Eid begründet für ihn keine *exceptio rei judicatae*. Richtst. Landr. 11. § 3 a. E. vgl. Magd. Fr. I. 16. d. 4.

Blume des Magdeb. R. I. 80—82. (Homeyer Richtst. S. 345) . . . *Sprichstu denne, du habist einz deinen eyt davor getan und bittist in einem rechtin czu irvaren, ob du im keinrhande antwort me darum tun durfe, odir ob er dich*

5) Dieser Stelle zu Folge konnte der Verklagte gemäss der oben S. 48. 49. entwickelten Regel das Beweisrecht sich dadurch retten, dass er seinerseits mit Zeugen den Beweis anbot, nicht im Besitz der verlangten Sache zu sein. Vgl. auch Behrend Stendaler Urtheilsb. S. 106. Note 6 a. E.

unbillich dorum beclagin muge . . . Nu mag sich der antworter nicht geweren, er muz ieme antwortin czu seime anevange.

Auch konnte der Besitzer des Meineides überführt werden, während (bei Geldschuldklagen und andern Prozessen) hinsichtlich des von der Partei geleisteten Haupteides ein Meineidsverfahren unzulässig war[6]).

Leugnet der Verklagte den Besitz der Sache ab und wird dieselbe nachher unter ihm gefunden, so ist er des dieblichen Behaltens schuldig[7]).

Beide Theile hatten daher ein Interesse daran, sich gegenseitig darüber zu verständigen, welche bestimmte Sache der Kläger eigentlich meine.

Eine andere Consequenz des rechtlichen Charakters dieses Eides ist die, dass, wenngleich festgestellt war, dass der Verklagte die geforderte Sache nicht besitzt, damit der Prozess nicht nothwendig zu Ende war. Da jede Klage um Gut an und für sich auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet ist, so beschwört der Verklagte nur die Unmöglichkeit, diesem Anspruch gerecht zu werden. Der Kläger konnte aber jetzt sofort Schadensersatz verlangen, falls die rechtlichen Voraussetzungen dazu vorlagen. Formell war dazu die Anstellung eines neuen Prozesses nicht erforderlich; es wurde nicht die Klage um Gut durch ein Erkenntniss er-

---

6) Vgl. die Magdeb. Schöffen-Urtheile bei Böhme Diplomat. Beytr. VI. S. 143, al. 4 und bei Stobbe Beitr. z. Gesch. d. Deutsch. R. Nro. 9 und 18. (S. 97 und 100 fg.), sowie daselbst die Note 7. S. 97.

7) Gosl. Stat. S. 100 Z. 23. *We emme tyet dat he sin vordüvede gut in sinen weren hebbe odir sin rovede gut, des mot he bekennen oder vorsaken: vorsaket he des unde kumt men des boven ine, so is he sculdich an der düve.* Aeltest. Hildesh. Recht Art. 35. bei Pufendorf Obs. IV. App. p. 285.

edigt und eine neue Klage auf Schadensersatz angestellt, sondern die Klage um Gut wandelte sich um in eine Geldschuldklage[8]).

Hinsichtlich der Substanzirung der Klage treten daher die im vorigen Abschnitt entwickelten Regeln ein; der Kläger konnte ohne weitere Substanzirung mit der Behauptung auftreten, der Gegner sei ihm als Schadensersatz so und so viel schuldig, worauf der Verklagte die Befugniss hat, eidlich zu erhärten, er sei nicht schuldig. Der Kläger konnte aber auch seine Klage motiviren durch die Behauptung, dass und in welcher Weise der Verklagte in den Besitz der Sache, für welche Schadensersatz gefordert wird, gekommen sei, woraus die Verpflichtung zur Restitution und bei Unmöglichkeit derselben zum Ersatze des Werthes sich ergäbe.

Die Klagebeantwortung konnte einer solchen Klage gegenüber einen doppelten Inhalt haben; entweder konnte der Verklagte bestreiten, überhaupt jemals in den Besitz der verlangten Sache gekommen zu sein (d. h. sie dem Kläger wider seinen Willen genommen oder sie von ihm als Depositum u. dgl. erhalten zu haben), oder er konnte seine Schuld am Untergange der Sache bestreiten. Nach römisch-rechtlicher oder moderner Ausdrucksweise liesse sich die erste Art als negative Streiteinlassung, die zweite Art als Erhebung einer Einrede bezeichnen. Denn nach dem Deutschen Recht war zur Begründung der Schadensersatz-Klage Seitens des Klägers niemals der Nachweis erforderlich, dass der Verklagte an dem Untergang der Sache schuld sei, sondern es genügte die Behauptung, dass der Verklagte die Sache unter der Ver-

---

8) Vgl. über den Anspruch auf Rückgabe resp. Ersatz von Mobilien, die dem Kläger wider Willen abhanden gekommen sind Sachsensp. III.47. § 1. Distinct. IV. c. 33. A. d. 1.; für den Anspruch auf Restitution anvertrauter Mobilien resp. deren Werth Gosl. Stat. S. 70. Z. 3. Distinct. III. 10. d. 2. Lüb. Recht Cod. II. 195. IV. 98; ferner Sachsensp. III. 5. § 4. und die bei v. Meibom Pfandr. S. 368. Note 343a. citirten Parallelstellen nebst Purgoldt III. c. 29; sowie Sachsensp. II. 54. § 4.

pflichtung zur Rückgabe empfangen habe; Sache des Verklagten war es dann seinerseits zu behaupten, dass er an dem Untergange der Sache keine Schuld trage.

1. Wenn der Verklagte den Empfang der Sache bestreitet, so gelten folgende Beweisregeln: Wird dem Verklagten vorgeworfen, sich widerrechtlich den Besitz einer, in seinen Händen nicht befindlichen Sache angemasst zu haben, so entgeht er einer solchen Anschuldigung allgemeinen Grundsätzen gemäss mit seinem Uuschuldseid. Behauptet dagegen der Kläger, die Sache dem Verklagten selbst übergeben zu haben, und bestreitet der Verklagte den Empfang, so beweist der Kläger seine Behauptung mit zwei Wissenszeugen; denn es handelt sich hier nicht um ein Gelöbniss oder eine verpflichtende Handlung des Verklagten, welche derselbe mit seinem Unschuldseid ableugnen könnte, sondern um eine vom Kläger vorgenommene Handlung.

Diese Ansicht steht zwar im Widerspruch mit der allgemein herrschenden Meinung, welche auf Grund von Sachsenspiegel I. 15. § 2. dem Verklagten das Recht zum Unschuldseid hinsichtlich des Empfanges der Sache zuschreibt. Allein die Stelle des Sachsenspiegels sagt über den Inhalt des vom Verklagten zu leistenden Eides Nichts. Man kann die Stelle so verstehen, dass der Eid entweder nur die Passivlegitimation bei einer auf die Sache selbst gerichteten Klage widerlegt [9]), oder dass der Verklagte seine Unschuld an dem Verlust der Sache erhärtet [10]). Dass der Eid dagegen auch den Inhalt haben kann, dass der Verklagte die Sache gar nicht empfangen habe, wird durch den Wortlaut der Stelle zwar nicht ausgeschlossen, aber auch nicht bezeugt [11]). Gegen die herrschende Ansicht sprechen aber folgende Gründe:

9) Nur darauf bezieht auch der Richtst. Landr. c. 11. den Eid.
10) Siehe unten Nro. 2.
11) Das Gleiche gilt von Lüb. Recht (Hach) Cod. I. Art. 96.

Es ist zweifellos, dass, wenn der Verklagte im Besitz der geforderten Sache sich befindet, der Kläger zum Zeugenbeweis über die Hingabe derselben gelangt. Demgemäss würde der Commodatar, Depositar u. s. w., welcher die Sache unbefugter Weise veräussert oder consumirt hat, oder der sie aus Nachlässigkeit hat abhanden kommen oder verderben lassen, hinsichtlich des Beweissrechts besser gestellt sein, als derjenige, welcher die Sache noch inne hat. Wir werden unten[12]) sehen, dass die Versuche, eine Erklärung für eine so offenbare Unbilligkeit, für eine in sich selbst so widerspruchsvolle Normirung des Beweisrechts zu geben, sämmtlich unbefriedigend sind.

Eine andere Analogie bietet der Einwand der Zahlung. Auch hier kann bekanntlich nicht der Gläubiger den Empfang des Geldes eidlich ableugnen, sondern der Schuldner führt den Beweis selbdritt. Derselbe Rechtssatz muss auch gelten, wenn der Commodatar oder Depositar u. s. w. den Einwand erhebt, die geliehene Sache dem Kläger bereits zurückgegeben zu haben, und wir würden daher zu dem höchst incongruenten und unbilligen Resultate kommen, dass der Zeugenbeweis für die Hingabe einer Sache versagt, für die Rückgabe gestattet ist.

Endlich sprechen auch ausdrückliche Quellenzeugnisse für unsere Ansicht. Der Rechtssatz, dass der Commodant oder Deponent das Beweisrecht hat, ist uralt. Schon nach der Formul. Rozière Nro. 489 schwört der Kläger mit

homines bene fidem habentes, vicini circa manentes, qui de praesente fuissent et vidissent, quod ille condam ipsa rauba ipsi illi commandassit.

Auch das Capit. leg. Salic. add. c. 6[13]) schreibt die Zuziehung von Zeugen sowohl bei der Hingabe als bei der Rückgabe des Depositum vor, woraus sich ergiebt, dass mit

12) Vgl. § 18.
13) Pertz. Monum. Leges I. p. 113.

denselben Zeugen der Beweis dieser Thatsachen erbracht werden kann.

Aus dem Kreise der sächsischen Rechtsquellen ist zu erwähnen das alte Stadtrecht von Soest Art. 30. *Si quis concivi suo bona ad negotiandum commiserit, presentibus viris idoneis, si inficiari voluerit, convinci potest.* Dass das Beweisrecht des Klägers den Besitz der übergebenen Sache beim Verklagten voraussetzt, ist nicht nur in der Stelle nirgends angedeutet, sondern wegen der Worte *ad negotiandum* mindestens höchst unwahrscheinlich [14]).

Auch der Sachsensp. selbst bestätigt unsere Auffassung; denn er erkennt II. 54. § 6 [15]) die Zulässigkeit eines Beweises mit Privatzeugen Seitens des Klägers an bei der Forderung des Ersatzes für das vor den Hirten getriebene und von ihm nicht zurückgebrachte Vieh [16]).

In den späteren stadtrechtlichen Quellen wird auf den in Rede stehenden Fall das Prinzip angewendet, dass hinsichtlich einer und derselben zum Beweise gelangenden Thatsache ein Ueberbieten in Betreff der Beweismittel stattfinden kann. Demgemäss kann der Verklagte den Empfang der Sache eidlich ableugnen, wenn der Kläger keinen Zeugenbeweis über die Hingabe anbietet [17]); wenn dagegen der Kläger mit Zeugen klagt, so kann der Verklagte zwar nicht zum alleinigen Eide kommen; er kann aber das Beweisrecht sich dadurch retten, dass er sich zum Zeugenbeweis über eine Thatsache

---

14) Vgl. auch hinsichtlich des Darlehns das Medebacher Recht v. 1165 § 15. (Gengler Stadtr. S. 284).

15) Zahlreiche Parallelstellen bei Stobbe Vertragsrecht S. 65. Note 12.

16) Hänel Beweiss. S. 153. Note 37. sieht darin eine singuläre Bestimmung, die auf „dem polizeilichen Character, der den Rechtsverhältnissen des Hirten zu Grunde liegt", beruht.

17) Lüb. Erk. bei Michelsen Oberhof Nro. 100. S. 186.

erbietet, welche die Möglichkeit ausschliesst, dass er die streitige Sache vom Kläger empfangen habe[18]).

System. Schöffenr. V. 5... *Leukint denne der man der habe, di ym czu haldin ist gegebyn, ab her lebit odir noch syme tode syn nestir mog, und spricht, man hot mynym fronde, do her lebte, nichtis nicht gelegen noch czu behalden getan: das mag her unschuldig werdin mit synes eynis hant uf d. h. Spricht man abir en mit getzugin an, zo mus hers mit geczugin untgen deme cleger salbdritte uf d. h.*

2) Wendet der Verklagte ein, die von ihm verlangte Sache sei ohne seine Schuld untergegangen oder ihm abhanden gekommen, so kann zunächst die Rechtsfrage Gegenstand des Urtheils sein, in wie weit dieser Umstand die Ersatzpflicht des Verklagten ausschliesst, bezieh. ob der Verklagte auch den Zufall zu vertreten hat[19]). Ist nach Lage des Falles der Einwand relevant, so hat der Verklagte eidlich zu betheuern, dass er an dem Verlust der Sache nicht Schuld trägt. Ausser dem negativen Element der Nichtschuld enthält der Eid öfters noch positive Umstände, welche die Nichtschuld bestätigen sollen,

---

18) Siehe unten § 19.

19) Die weitaus beste, wenngleich keineswegs erschöpfende, Erörterung dieser Lehre, soweit sie die contractlichen Verhältnisse angeht, ist die von Stobbe Vertragsrecht S. 209 ff. Ein Beispiel für einen Prozess der in Rede stehenden Art, das durch den darin zur Anwendung gebrachten milden Grundsatz über die Haftpflicht von Interesse ist, liefert das Urtheil des Landgrafen Herrmann v. Thüringen, etwa von 1215, im Walkenrieder Diplomatar (Urkundenb. des histor. Vereins für Niedersachsen II. S. 77. Nro. 88) Einige dem Kloster hörige Leute hatten dem Abt Tuche zum Walken und andere Gegenstände zur Aufbewahrung übergeben; diese Gegenstände wurden aber „a quibusdam malitiosis hominibus simul cum propriis rebus nocte violenter" entwendet. Diese Thatsache war unbestritten. Die Klage auf Ersatz gegen den Abt und die Mönche wurde zurückgewiesen, „non obstante eo quod mercedem pro fullando acceperunt".

insbesondere die Angabe, dass der Verklagte mit der fremden Sache zugleich eigene eingebüsst habe[20]).

Eine Verlegung dieses Unschuldseides Seitens des Klägers durch Anbieten eines Zeugenbeweises war im Allgemeinen unzulässig, weil die Schuld ein innerliches, subjectives Moment ist, welches sich der sinnlichen Wahrnehmung der Zeugen entzieht. Allein es ist kein Grund vorhanden, nach den stadtrechtlichen Quellen die Führung eines Zeugenbeweises durch den Kläger für unzulässig zu erachten hinsichtlich einer Handlung des Verklagten, aus der die Schuld desselben sich von selbst ergab[21]). Dies gilt insbesondere von der Behauptung, dass der Verklagte von der geliehenen oder versetzten Sache einen unerlaubten Gebrauch gemacht habe, der die Verantwortlichkeit desselben auch für casuelle Beschädigungen begründete; so ist z. B. bei essenden Pfändern der Zeugenbeweis sicherlich dafür zulässig gewesen, dass die Beschädigung des Thieres ausserhalb des Stalles, „nicht zwischen Wasser und Krippen" erfolgt ist[22]).

3) War die Verpflichtung zum Schadensersatz selbst festgestellt, so erfolgte die Ermittelung des Betrages in der Art, dass der Kläger die Sache taxirte, der Verklagte aber das

20) Zahlreiche Stellen bei Stobbe a. a. O. Für den Unschuldseid des Depositars, Handwerkers, Fuhrmanns, Pfandgläubigers, Vormunds u. dgl. vgl. man insbesondere Sachsensp. III. 5. § 3 (Parallelstellen bei Stobbe S. 218. Note 5); Gosl. Stat. S. 82 Z. 26 ff Magd. Fragen II. 7. d. 1. Hamb. Recht v. 1270 XII, 12. Bremer Ord. 79. Revid. Lüb. R. III. 3, 1. Statuten v. Verden c. 56—59. von Stade XI. c. 11. Eltviller Sch.-U. bei Bodmann Rheingau. Alterth. S. 674. 675. Ferner System. Schöffenr. V. c. 3. c. 15. Lüneb. Stadtr. (herausg. v. Kraut) S. 51. Bremer Ord. v. 1303 Nro. 3. (S. 68). Endlich Sachsensp. I. 23. § 1. Distinct. I. 50 d. 6. III. 4. d. 10. u. v. a.

21) Statuten v. Verden 54 (Pufend. Obs. I App. p. 97.) Salfelder Statuten 177. (Walch Verm. Beitr. I. S. 58). Vgl. für Süddeutschland Schwäb. Landr. 258b. (Lassberg). Baier. Landr. IX. 83. (bei Stobbe a. a. O. S. 240).

22) Vgl. Förster Zeitschr. f. Deutsch. Recht Bd. IX. S. 121. 122. 138.

Recht hatte, eidlich diese Taxirung zu mindern[23]; oder dass bei vertretbaren Gegenständen der Verklagte statt der eigentlich schuldigen Sache eine gleiche lieferte und eidlich erhärtete, dass sie ebenso gut sei, wie die ursprünglich geschuldete[24].

In dem bisher erörterten Falle gelten hinsichtlich der Substanzirung der Klage und Einreden dieselben allgemeinen und einfachen Prinzipien, welche wir von den Geldschuldklagen überhaupt festgestellt haben. Der Richter verlangt von Amtswegen keine Substanzirung der Klage, sondern der blosse Anspruch auf Schadensersatz, die blosse Behauptung der Schuld genügt zur Einleitung des Prozesses. Den Parteien aber bleibt es unbenommen, das thatsächliche Verhältniss darzulegen und der richterlichen Prüfung zu unterbreiten. Das Beweisurtheil endlich, welches das Beweisrecht der einen oder andern Partei zuspricht, verlangt auch hier nicht blos nach äusserlichen Rücksichten in roher Weise eine Garantie für das von der Partei selbst gefundene Urtheil, sondern ist seiner innersten Bedeutung nach ein wirklich juristisches Urtheil über die Relevanz der von den Parteien aufgestellten Behauptungen.

§ 12. Eintheilung und Arten. — Actio in rem scripta und die Regel „Hand muss Hand wahren."

Wenn der Gegner im Besitze der vom Kläger geforderten Sache ist, so bleibt die auf Herausgabe der Sache gerichtete

---

23) Sachsensp. III. 47. § 1. (Distinct. IV. 33. A. d. 1.); III. 51. § 2. Gosl. Stat. S. 70. Z 3. Lüb R. Cod. II. Art. 195. Bremer Ord. 132. (Oelrichs S. 142.) Verdener Stat. 54. 58. Eine eidliche Schätzung war nicht nöthig bei Sachen, welche eine obrigkeitliche oder gesetzliche Taxe hatten; daher auch nicht bei Thieren, deren Wergeld gesetzlich feststand. Sachsensp. II. 54. § 5 a. E. Vgl. III. 48. § 1.

24) Sachsensp. III. 47. § 2. Distinct. III. 10. d. 2.

Klage eine *clage um gut*; die oft aufgestellte Behauptung, dass jeder Anspruch auf Ausantwortung einer Mobilie durch Bezahlung des Werths derselben abgefunden werden konnte, und die weiter daraus gezogene Folgerung, dass das mittelalterliche Deutsche Recht ein wirkliches Eigenthum an fahrender Habe nicht gekannt habe, entbehrt jedes quellenmässigen Anhaltes.

Diese Klagen *um gut* sind nun keineswegs gleichartig; schon eine oberflächliche Betrachtung der Rechtsquellen genügt, um das Bewusstsein zu erwecken, dass eine Klassificirung derselben möglich und nothwendig ist. Denn jede grössere Rechtsquelle enthält dafür Beläge, dass in gewissen Fällen die Klage gegen jeden Besitzer der Sache angestrengt werden kann, während man in anderen Fällen sich nur an eine bestimmte Person mit dem Anspruch auf die Sache wenden kann. Nur scheinbar entspricht dieser Unterschied der römisch-rechtlichen Eintheilung in dingliche und Contractsklagen; in Wahrheit ist die Klage häufig auch gegen Dritte zulässig, obgleich der Kläger kein dingliches Recht an der Sache hat, und in anderen Fällen ist sie gegen Dritte ausgeschlossen, trotzdem der Kläger Eigenthümer der Sache ist. Richtig ist vielmehr nur, dass die Klage *um varende habe* bisweilen in rem scripta ist, bisweilen nicht; ob dass Eine oder das Andere der Fall ist, hängt von einem anderen Umstande ab, als von dem Vorhandensein oder dem Mangel eines dinglichen Rechtes des Klägers an der geforderten Sache. Dieser Umstand ist es, welcher für die Eintheilung der Klagen um Mobilien und für die rechtliche Natur und Substanzirung der einzelnen Arten dieser Klagen massgebend ist und es bedarf daher zunächst die Frage einer Untersuchung, wann ist die Klage auf Herausgabe einer beweglichen Sache gegen jeden Besitzer derselben zulässig.

Man ist in der heutigen Theorie darüber einverstanden, dass eine dem Besitzer wider Willen abhanden gekommene Sache von ihm jedem Inhaber gegenüber vindicirt werden kann,

während eine freiwillig aus Händen gegebene Sache nur von demjenigen, dem man sie übergeben hat, zurückgefordert werden kann. Allein theils ist der Beweis dieser Sätze bisher in einer keineswegs genügenden Weise erbracht worden, theils fehlt es noch immer an einer festen Abgränzung der Fälle, in denen einerseits die Klage gegen Dritte gestattet war, andererseits die Regel „Hand muss Hand wahren" zur Geltung kam. Die nachfolgende Untersuchung soll versuchen, diesem Mangel abzuhelfen.

I. Zweifellos steht es fest, dass gestohlene und geraubte Sachen, von jedem Besitzer, auch von dem gutgläubigen Käufer, zurückgefordert werden können. Allein überall, wo eine Rechtsverfolgung der Sache gegen Dritte gestattet ist, wird so übereinstimmend und mit solcher Bestimmtheit der Verlust der Sache durch Diebstahl oder Raub als Voraussetzung der Klage hingestellt, dass es keineswegs ohne Weiteres gerechtfertigt ist, hierin Beispiele unfreiwilligen Besitzverlustes zu sehen, sondern die Frage eine ernstere Prüfung verlangt, ob nicht die Klage gegen Dritte wirklich auf *duve* und *rof* beschränkt war. Es handelt sich hierbei nicht um die Zulässigkeit des Anefangs. Gewöhnlich identificirt man die Anefangsklage mit der gegen Dritte gerichteten Klage auf Herausgabe einer Sache. Es ist aber denkbar, dass die Klage mit Anefang nur angestellt werden durfte, wenn die Sache gestohlen oder geraubt war, eine schlichte Klage dagegen in allen Fällen unfreiwilligen Besitzverlustes gegen jeden Dritten zulässig war. Wir wollen daher von den bekannten Anefangsformeln, welche durchweg auf raubliche oder diebliche Entwendung Bezug nehmen, absehen; auch die von schlichter Klage redenden, oder den Anefang wenigstens nicht erwähnenden Stellen gehen von diesem Requisit aus.

Dahin gehört z. B. der in so viele norddeutsche Stadtrechte übergegangene Satz des

Lüb. Rechts. Cod. II. art. 157: *Hevet he en pant, dat men nicht duflike oder roves an ne sprect, de dat unser sic hevet, de beholtet mit sineme edhe* [1]).

Breslau-Magd. Recht v. 1295 §. 6. *Sprichet ein man sin gut an, gewant oder swaz anders sines gutes icht, daz iz ime abegestolen oder geroubet si* [2]).

Die aus der Blume des Sachsensp. bei Homeyer Richtst. S. 370. mitgetheilte Stelle erwähnt die schlichte Klage in dem Falle *wenne icht gestolen were.*

Das Hamb. Recht von 1270. VII. 9. erörtert den Einwand des rechtmässigen Eigenthumserwerbes nur für den Fall „*dat men dat gud mit duve ofte mit rove ansprikt*" und ein von Cropp in den Criminalist. Beiträgen II. S. 300. erwähntes Register der Statuten von 1270 umschreibt den Rechtssatz Hand muss Hand wahren:

Dat ein man sin gud, dat he utgelenet hefft, van enem anderen nicht krigen ne mach, he en spreke id Duve offte Roeff an.

Das Brünner Schöffenb. c. 102. fügt einer Anwendung der Regel „Hand muss Hand wahren" den Zusatz bei: secus autem esset fortassis si Paulus equum Petro subtraxisset; in ähnlicher Weise fügen die Schöffen dem cap. 155 hinzu: Advertendum vero est, si rusticus de G. dixisset per vectorem conventum currum et equos sibi fuisse subtractos, tunc . . .

Am bestimmtesten drücken die süddeutschen Quellen die Vindicationsbeschränkung aus; besonders das Freiburg. Stadtrecht v. 1120 Art. 28. Nemo rem sibi quoquomodo sub-

---

1) Codex für Reval 117. (Hach S. 326) . . *so verne alse dat nich ansproken wert vor duffte edder vor rof.* Bremer Stat. v. 1303 Art. 51. S. 97.) Verdener Stat. 53 (Pufend. I. p. 97.) Ottonisches Stadtrecht v. Braunschweig § 31. (Urk. B. der Stadt Br. S. 6.) Stat. v. Celle Art. 30. (Pufend. II. p. 18. Gengler Cod. jur. Munic I. p. 480).

2) Magd.-Görl. 47. Weichbildr. 132 System. Schöffenr. III. 2. c. 99. Kulm III. 133.

latam vendicare potest, nisi juramento probaverit, sibi furto vel preda ablatam. Vgl. Stadtrodel § 58[3]).

Während diese Zeugnisse eine Verfolgung von Mobilien in dritter Hand auf *duve* und *rof* beschränken, beweisen andererseits die Stellen, welche man für die Zulässigkeit der Vindication nicht gestohlener oder geraubter Sachen anzuführen pflegt[4]), sämmtlich Nichts. Sie betreffen folgende Fälle:

1. Der dieblichen Entwendung am nächsten steht das Wegnehmen einer Sache aus Irrthum. (Missgriff, Verwechselung.) Der Sachsensp. III. 89. schliesst hierbei die Strafe des Diebstahls aus, oder vielmehr er gestattet das Abschwören der dieblichen Absicht, wenn die Umstände die Annahme eines Irrthums rechtfertigen. Hinsichtlich der civilrechtlichen Wirkungen aber sagt er nur: „*anevangen mach man't wol unde under ime beklagen.*" Diese Worte und der Zusammenhang der Stelle machen die Annahme unmöglich, dass der Verf. des Sachsensp. an eine gegen einen dritten Erwerber gerichtete Klage gedacht habe.

Das Lüb. Recht Cod. II. Art. 72. bestimmt für denselben Fall, dass derjenige keine Busse verwirkt, welcher die irrthümlich genommene Sache „*vruntlike*" zurückgiebt; während, wenn er gerichtlich dazu angehalten werden muss, er eine Geldstrafe verwirkt. Auch das Hamb. R. v. 1270. IX. 23. (von 1292. M. XIX. v. 1497 O. XVI.) enthält nur die Festsetzung, dass

3) Vgl. Stadtr. v. Colmar § 23. (Gaupp Stadtrechte I. S. 118); von Dattenried § 23. (Gaupp II. S. 180) Berner Handf. v. 1218 § 38. (Gaupp II. S. 52) Burgdorfer Stadtr. v. 1316 Art. 186 (Gaupp II. 141). Murtener Stadtr. 34. (Gaupp. II. S. 158), welches auch bei gestohlenen Sachen sogar nur die Einlösung gestattet, wenn sie auf dem Markte gekauft sind. Uebereinstimmend damit ist die Leobschützer Handfeste v. 1270. § 40. Gengler Stadtr. S. 249.

4) Vgl. Budde de vindicat. rerum mobil. Germanica p. 40. Walter Deutsch. Rechtsgesch. II. § 539. S. 192. Delbrück Zeitschr. f. Deutsch. Recht XIV. S. 223. Köstlin in der kritischen Ueberschau Bd. III. S. 204 g. Goldschmidt Zeitschr f. das ges. Handelsrecht Bd. VIII. S. 252.

derjenige, welcher die Sache irrthümlich an sich genommen hat, „*dat wedder gift ane broke*[5])". Ebenso beschränken sich die Goslar. Stat. S. 100. Z. 28. ff. darauf, die Strafe des Diebstahls in diesem Falle auszuschliessen und nur die Restitution auch der genossenen Früchte anzuordnen.

In allen diesen Stellen ist davon nicht die Rede, dass die Klage auf Rückgabe der irrthümlich genommenen Sache auch gegen einen Dritten gerichtet werden könne, der sie durch Kauf, Verpfändung u. s. w. erworben hat.

2) Wenn Vieh Jemandem zuläuft, so kann der Eigenthümer von demselben es zurückfordern; durch Ableugnen des Vieh's macht der Besitzer sich eines dieblichen Behaltens schuldig. Dagegen bestimmt der Sachsensp. III. 37. § 3, dass derjenige nicht missethut, *de sines gebures ve mit sinem indrift unde des morgens utdrift, deste he's nicht ne versake unde nene nut daraf ne neme.*

Nach dem Lüb. Recht Cod. II. Art. 159 soll das zugelaufene Vieh in der Kirche aufgeboten werden; macht Niemand Ansprüche darauf geltend, so soll es verkauft und der Erlös Jahr und Tag in der Kirchenkasse deponirt werden. Nach Ablauf dieser Zeit fällt das Geld an die Kirche für die Seele des unbekannten Eigenthümers.

Auch das Brünner Schöffenb. Art. 97. bestätigt, dass an verirrtem Vieh durch öffentliches Aufgebot kein Eigenthum für denjenigen entsteht, der sich das Thier zugeeignet hat[6]).

Wer ein solches Thier demnach veräussert, macht sich einer Unterschlagung schuldig und wird dem Eigenthümer zum

---

5) Ebenso Bremer Stadtr. v. 1303. Art. 99. Stat. v. Stade VI. 20. (Pufendorf I. p. 206). Statut v. Verden Art. 147. (Pufendorf I. p. 124).

6) Nach der Hadeler Landger.-Ordn. v. 1583, die nach dem Ausdruck Cropps (Beiträge II. S. 51.) „auf uraltes Herkommen gegründet ist", II. 23. (bei Pufend. I. App. p. 25) fällt das Thier nach dreimaligem Aufgebot und fruchtlosem Ablauf einer Frist von 6 Wochen „an die hohe Obrigkeit."

Schadens-Ersatz verbindlich; allein dafür, dass der Eigenthümer dasselbe von einem dritten Erwerber vindiciren könne, fehlt es an Belägen. Man könnte dafür allenfalls die Extravagante zu Sachsensp. III. 47. § 2. (Homeyer. Extravaganten Nro. 23. S. 247) anführen:

Hat eyn man vande vederspel unde entphlugit eme daz, wert ez gekouft von eyme andern manne, he sal ez jeme wedir geben dez ez was, ob he dornach sendit. Vlugit ez abir alzo lange, daz sich daz vedirspel nicht lockin lasin wil, wert ez denne gevangen, wi ez gevangen wert, so darff hez nymande wedir geben, ez si denne sin guthe wille.

Hier wird allerdings die Vindication nicht blos demjenigen gegenüber, der das Thier eingefangen hat, sondern dem Käufer gegenüber anerkannt, allein abgesehen davon, dass diese Stelle in einer einzigen, dem Jahre 1390 angehörigen, Handschrift sich findet, liegt ihr unverkennbar eine Bezugnahme auf Römisches Recht und zwar auf L. 5. § 5. Dig. de acquir. rer. dom. (41, 1.) zu Grunde[7]. Auf sie kann man daher keine Schlüsse für die dingliche Klage des sächs. Rechts bauen.

3. Im Wasser zugeflossene Sachen.

Der Sachsensp. II. 29 verpflichtet denjenigen, dem fahrende Habe zufliesst, sie dem wiederzugeben, der sich dazu zieht, als recht ist; oder, wenn der Eigenthümer ihm unbekannt ist, sie aufbieten zu lassen und sie noch 6 Wochen aufzubewahren. Leugnet er den Besitz der Sache ab, wenn man darnach frägt, *so is it diuvech, of man't seder under ime vint;* er muss die Sache herausgeben und Busse und Gewedde zahlen. Diese Stelle ist übergegangen in das Rechtsb. nach Distinct. IV, 42. d. 13; Prager Rechtsb. c. 190; Purgold's Rechtsb. III. c. 16. Es bedarf keiner weiteren Darlegung, dass auch diese Stellen darüber Nichts enthalten, ob

---

7) Siehe die Note Homeyer's zu dieser Extravagante.

die Sache von einem dritten Erwerber zurückgefordert werden könne.

4. Gefundene Sachen. Ganz dieselben Grundsätze gelten nach Sachsensp. II. 37 von gefundenen Sachen. Die Rückforderung Seitens des Eigenthümers ist zulässig; der Sachsensp. erwähnt aber auch hier nur den Fall, dass die Sache vom Finder selbst zurückverlangt wird, wie sich aus dem Zusammenhange der Stelle und aus den Worten ergiebt, der Eigenthümer *gelde die kost, die jene* (d. i. der Finder) *dar mede gehat hevet, of it perd oder ve is.* [8]) Ebenso enthalten der Richtst. c. 12, das Görl. Landr. c. 47. § 10a. die Gosl. Stat. S. 105. Z. 39 ff. (und das Erkenntniss bei Bruns Beyträge S. 194 Nro. 34), die Brem. Stat. v. 1303. Art. 118. (v. 1428. I. 25. Oelrichs S. 136. 334), die Hildesheimer Stat. Art. 34. (Pufend. IV. App. p. 290), das kleine Kaiserrecht II. 40. und andere den Fund betreffende Stellen keine Andeutung darüber, dass der Verlierer die Sache auch von demjenigen zurückverlangen dürfe, an welchen sie der Finder veräussert hat.

Dieben oder Räubern abgejagte Sachen stellt der Sachsensp. II. 37. den gefundenen Sachen gleich, indem das Aufbieten derselben und der Anspruch auf Ersatz der darauf verwendeten Kosten gleichmässig erwähnt wird [9]). Während

---

8) Vgl. Prager Rechtsb. 183. Distinct. IV. 9. d. 5.

9) Meldet sich der Eigenthümer nicht oder gehört das abgejagte Gut einem Fremden, so erhalten derjenige, welcher das Gut aufgebracht hat und der Richter einen Antheil daran. Vgl. Richtst. c. 15. § 1. Blume des Sachsensp. III. 22. Distinctionen IV. 9. d. 5. Görl. Landr. 47. § 10c. Ferner Lüb. R. Cod. I. 86 und besonders Cod. II. 80. III. 33. Hamb. R. v. 1270. XII. 6. (v. 1292. P. 6., v. 1497. O. XIII). Bremer Stat. 75. (Oelr S. 109). Stader Stat. XI. c. 6. Verden. Stat. Art. 144. Brünner Schöffenb. c. 300. Münster. Rechtsb. f. Bielefeld § 39. Stadtr. v. Rüden Art. 37. (Seibertz Urk. Bd. II. S. 78.) Stadtr. von Büren (Wigand Arch. III. Heft 3. S. 31.) Recht d. Zipser Sachs. 41.

aber bei gefundenen und weiterveräusserten Sachen die Quellen keine Spur für die Zulässigkeit der Vindication gegen Dritte aufweisen, fehlt es keineswegs an Belägen dafür, dass die Räubern oder Dieben abgejagten Sachen, wenn sie von dem, der sie abgejagt hat, weiter veräussert werden, Seitens des Beraubten oder Bestohlenen vindicirt werden können. Es scheint also nicht an der Mangelhaftigkeit der Quellen oder an der zufälligen Beschaffenheit derselben zu liegen, dass die Vindication gefundener Sachen in dritter Hand sich nicht darthun lässt, dagegen für einen dem Fund im Uebrigen gleichstehenden Fall, in dem die Sache als *duve oder rof* qualificirt ist, die Vindicabilität Dritten gegenüber mit Bestimmtheit bezeugt wird.

Solche Stellen sind:

Zusätze zu den Erfurter Statuten (bei Walch Verm. Beyträge II. S. 22.) *Welch man icht vorlust in eime rechten frede*[10]*, iz si welchirleie habe iz sie, wirdit dieselbe habe genomen in eime offen orlouge, die mac sine habe anevangen, wa he (se) anekumt.*

Der Magdeb. Schöffenspr. bei Wasserschleben S. 404. c. 49 entscheidet einen Rechtsstreit, in welchem der mit Anefang beklagte Besitzer sich darauf beruft: *daz das* (dem Kläger *von den vordamptin ketzirn* genommene) *pherd von cristen in eynen offinbare krige weder abegedrungen sey, von den hers gekouft hat und habe des seynen werman,* zu Gunsten des Klägers, „*wenne nymand mag den andern sulchs geraubeten gutis nicht geweren.*"

(Michnay u. Lichner. Ofner Stadtr. S. 228). — Nach manchen Rechten erhält der Bestohlene sein Gut ohne Abzug zurück. Rechtsbr. von Bodenwerder v. 1287. § 11. Vgl. auch Privileg. von Eversberg von 1306. § 6. (Lippesches Recht) bei Seibertz II. S. 37.

10) Diese Worte beweisen, dass die Stelle sich auf Sachen bezieht, die durch einen Friedensbruch, also durch Raub entwendet worden sind.

Vgl. auch Statuten von Bocholt c. 40. bei Wigand Archiv Bd. III. Heft 1. S 18[11]).

Während demnach Erbeutung kein Eigenthums-Erwerbstitel an gestohlenen oder geraubten Sachen ist, ist andererseits die Vindication ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer die Sache in rechter Fehde verloren hat, weil in diesem Falle die Sache ihm nicht dieblich oder raublich, wenngleich zweifellos wider seinen Willen, genommen worden ist.

Braunschw. Stadtr. Art. 96. (Urk. B. der Stadt Br. S. 69.) *Welk gast en perd wel anevangen, de scal . . . . . verwisen, dat dat selve perd, dat he anevangen wel, eme nicht avegan si in eneme openbaren orleghe*[12]).

In den vier erörterten Fällen unfreiwilligen Besitzverlustes findet sich demnach in den Quellen keine Anerkennung der Vindication gegen Dritte, sondern nur die Anwendung des allgemeinen Prinzips, welches Sachsensp. III. 47. § 1. enthält: *Svie dem anderen des sines icht nimt mit gewalt oder ane sine witscap, is si lüttel oder vele, dat sal he wedergeven mit bute.*

Nach diesem Quellenbefunde könnte man vielleicht folgende Eintheilung der Klagen um Mobilien annehmen: Die Klage auf Rückgabe geraubten oder gestohlenen Gutes gegen jeden Besitzer; die Klage auf Rückgabe unfreiwillig abhanden gekommenen, aber nicht gestohlenen oder geraubten, Gutes gegen den untitulirten Besitzer, dem es zugelaufen oder zugeflossen ist, der es gefunden oder aus Irrthum an sich genommen hat; die Klage auf Rückgabe freiwillig weggegebenen Gutes gegen denjenigen, dem man die Sache anvertraut hat.

---

11) Siehe auch Baumeister. Privatr. der Stadt Hamburg I. S. 245 Note 13.

12) Vgl. Hamb. R v. 1270. VII. Art. 9. a. E. (v. 1292 H. VII. von 1497 E XI.) Bremer Ord. 61. (Oelrichs S. 101.) Verdener Stat. 149. (Pufend. I. App. p. 125). Stader Stat. VII. 7. (Pufend. eod. p. 211).

Allein die herrschende Ansicht, dass in **allen** Fällen un freiwilligen Besitzverlustes die Rückforderung gegen jedei dritten Besitzer gestattet war, halte ich dennoch für die rich tige, obwohl dieselbe nur durch einen künstlichen Beweis ge stützt werden kann. Die Gründe für dieselbe sind folgende:

1) Die Quellen nennen das **unterschlagene** Gut *diuvech, duve,* obwohl sie die peinliche Strafe des Diebstahls aus schliessen, *wende he't undüflike unde unroflike ut von jenei mannes weren gebracht hevet.* Sachsensp. II. 29. 37. § 1[13]) Diese Bezeichnung als *duve* bezieht sich mithin auf die pri **vatrechtlichen** Folgen des Delicts und zwar zunächst au die Pflicht des unredlichen Finders etc. die Sache mit Buss und Gewedde herauszugeben. Allein dass man grade die Sach als „dieblich" characterisirt, lässt darauf schliessen, dass ih dieselbe Vitiosität, wie dem wirklich gestohlenen Gute anha tet[14]), d. h. dass derjenige, dem sie entwendet ist, sie vo jedem Besitzer fordern kann; ihm gegenüber gilt sie fi Diebsgut, weil die Art ihrer Entwendung dieblich ist. Da: man in der That die Vindicirbarkeit einer Sache dadurch au drückte, dass man sie einer gestohlenen gleichstellt, wi durch den Umstand bestätigt, dass man auch die Beschränkui

---

13) Vgl. die näheren Ausführungen von Cropp Criminal. Beitr. S. 43 ff. S. 282 ff. und bes. S. 321 ff. Wilda Strafrecht S. 918. Kös lin Krit. Uebersch. III. S. 203 ff und die daselbst angeführten Qu lenzeugnisse, namentlich die Glosse zu Sachsensp. II. 37. und für ä ältere Zeit jetzt auch Sohm Proc. der Lex Salica S. 61. 62

14) So enthält das Bresl. Rechtsweisth. für Gr-Glogau v. 13 Sachsensp. II. 37. § 1. mit der Ueberschrift: *Wy unvorstolin Dube sye.* (Tzschoppe und Stenzel Urkundens. S. 494. Nro. 1 Bemerkenswerth ist auch die Ausdrucksweise der alten Lüneb. Gerich Artikel (bei Kraut das alte Stadtrecht v. Lüneb. S. 27. Z. 6.; bei Pufe dorf Obs. II. App. p. 192) *We witliken koft vorduvet gud, rovet g vorstolen gut, dat trid an sines sulves hals.* Aehnlich im Colmar'sch Stadtprivil. Art. 23. (Gaupp. Stadtr. I. S. 118.) *gut das ime verstol oder genomen röpliche oder diepliche.* Solche Stellen beweisen, dass d nicht ganz identisch mit *vorstolen gut* sein kann.

gen der Regel Hand muss Hand wahren in der Art auszudrücken pflegte, der Eigenthümer könne die Sache fordern „*also alse it ime verstolen were*". Gosl. Stat. S. 82. Z. 20. u. 25.; S. 99. Z. 4. u. 7. Distinct. IV. 42. d. 4[15]).

2) Hierzu kömmt als gewichtige Unterstützung die Fassung der Regel „Hand muss Hand wahren". Der Ausschluss der Klage gegen Dritte wird ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft, dass der Eigenthümer die Sache *ut von sinen geworn let mit sime willen.* Sachsensp. II. 60. Die zahlreichen Parallelstellen, welche diesen Artikel nicht immer wörtlich wiederholen, stimmen grade in dieser Beziehung unter einander überein. Daraus folgt, dass wenn die Sache dem Eigenthümer *ane sinen willen geloset si*, er sich ihrer unterwinden kann, wo er sie sieht. Es ist dies freilich nur ein argumentum e contrario; aber dasselbe ist von grossem Gewicht. Denn andernfalls sprächen die Quellen mit grösster Bestimmtheit ein allgemeines Prinzip für den Fall aus, dass Jemand eine Sache mit Willen weggiebt; ebenso für den Fall, dass sie ihm gestohlen oder geraubt wird; während sie für die anderen Fälle des Besitzverlustes keinen Grundsatz aufstellen würden.

3) Endlich giebt es auch einige Stellen, deren Fassung die Annahme rechtfertigt, dass die Klage auf Rückgabe abhanden gekommener Sachen gegen jeden Besitzer nicht blos bei Diebstahl und Raub, sondern bei jeder Art des unfrei-

15) Köstlin a. a. O. S. 220. 221. hat gewiss Recht, wenn er ausführt, dass nicht jede Unterschlagung und jedes diebliche Behalten z. B. Seitens des Commodatars die Vindicirbarkeit herbeiführt und dass ebensowenig „jede nicht vindicirbare Sache eo ipso eine res non furtiva ist" Allein wenn er behauptet, die Bezeichnung als diebiges Gut im Sachsensp. II. 29. 37. sei „für die Vindicirbarkeit solchen Gutes, welche ohnedies feststand (!?), ohne alle Bedeutung, es könne daher hieraus Nichts weiter geschlossen werden", so ist er den Beweis dieser Behauptung schuldig geblieben.

willigen Verlustes zulässig war[16]). Dahin gehört zunächt das oft citirte, für sich allein aber schon deshalb, weil es dieblichen Verlust voraussetzt, wenig beweisende

Magdeb. Sch.-U. bei Walch (Beyträge VIII.) S. 275. 276. *Hette dann Fr. St. an dieselbtin swyne eynen rechten annfanigk gethan und also darczu geclagt, daz ym die roublich ader dublich genommen und also an seynen willen und fulbord usz seyn gewehre gekommen weren . . .*

Ferner Magdeb. Fragen I. 13. d. 1. (Der Anefangskläger) *spreche also, das ym dy varnde habe adir das pferd abegeroubet adir gestolen were adir sust vorloren hette.*

Das Mühlhäuser Rechtsb. (Förstemann Neue Mittheil. Bd. VII. S. 87.) lässt die Vindication zu hinsichtlich eines *guit daz umi virstoln is edir roipliche ginumin is eder svi iz umi mit unrechti abigangen is.*

Der Erzbisch. v. Livland etc. ertheilt 1275 den deutschen Kaufleuten unter andern Begünstigungen das Recht „*quod si quis bona sua per furtum aut per inopinatam ammissionem perdiderit, ubicumque bona sua compererit, ea recipiet integraliter judice provinciali ratione furti nihil juris in ipsis bonis sibi vendicante.* Lüb. Urk.-Buch I. Nro. 362. S. 338[17]).

II. Die Klage auf Zurückgabe einer Sache ist ferner gegen jeden Dritten gestattet in einer Reihe von Fällen, in

16) Am deutlichsten spricht sich in diesem Sinne die Stelle in den Leges Wallicae edid. Wotton p. 215. 216. aus, die in sämmtlichen, diesem Gegenstande gewidmeten Untersuchungen citirt wird. Allein was beweis't dieselbe für das in Deutschland geltende Recht?

17) Ausserhalb des sächs. Rechtsgebietes lassen sich noch anführen das Bamberger Recht § 110. Dasselbe normirt den Eid des Anefangsklägers *daz ym dyselben habe geraupt oder verstolen und (*lies wie im § 115 eod. oder*) on reht entwert sey worden; der muz er ye eins benennen*

Ofner Stadtrecht c. 341. (Michnay und Lichner S. 182.) Der Kläger *schol schweren, das er das viech wyder ummb sunst noch ummb frewntschaft, wider ummb gelt nit hab geben, er hab es verlorn.*

denen ein Hausgenosse, welcher thatsächlich in der Lage ist, eine physische Herrschaft über die Fahrniss auszuüben, der rechtlich aber keine Dispositionsbefugniss und keinen selbständigen Besitz daran hat, eine Veräusserung derselben sich anmasst. Diese Fälle sind demnach keine Ausnahmen von der Regel Hand muss Hand wahren, sondern es fehlt zur Anwendbarkeit dieser Regel die wesentliche Voraussetzung, dass der Eigenthümer die Sache mit Willen aus seiner Gewahrsam gelassen hat. Dies ist der Fall

1) wenn die Ehefrau Veräusserungen an nicht vorbehaltenem Vermögen vornimmt.

Magd. Sch.-U. bei Wasserschleben S. 104. c. 203. *Hette die frave gereytis gutis adir farnde habe von ir gegeben aws des mannes gewere, das sal durch recht machtlosz seyn* [18]).

Auch die Gosl. Stat. S. 29. Z. 30. gestatten dem Ehemanne die Rückforderung; der Besitzer aber hat einen Anspruch auf Schadensersatz *na minne oder na rechte* [19]). Dass diese Bestimmung aber eine particularrechtliche ist, ergiebt sich daraus, dass das Rechtsbuch nach Distinctionen I. c. 47. d. 8. sie in ihr Gegentheil ändert: „*und jener muss den schaden dulden, durch daz daz hers wedder recht genomen had*".

2) bei unbefugten Veräusserungen Seitens des Sohnes.

Freiberger Statuten bei Schott. III. S. 286 *und nimet der Sun dem vater sines gutes icht, iz si, waz iz si,*

---

18) Vgl. System. Schöffenr. IV. 1. c. 9 Weichbildr. 78. § 2. (Ausgabe von Daniels 1853) und für das Magd. R. die Darstellung von v. Martitz Eheliches Güterrecht S. 258 fg. S. 290. Note 26. — Ferner die bei Köstlin a. a. O. S. 212. Note 1 mitgetheilten Bestimmungen der Stadtrechte v. Schleswig Art. 59. Flensburg Art. 83. Apenrade Art. 84. — Ueberdies Nordhäuser Statutensamml. v. 1308 (bei Förstemann Neue Mittheil. Bd. III. Heft 2) § 147. — Brünner Schöffenb. c. 277.

19) Goslar. Erk. Nro. 42. bei v. Kamptz Provinzialrechte I. S. 377.

pfert, ku, bette, pful, harnasch, oder waz he im nimet und setzet iz vor sin spilgelt, wo iz denne der vater ankumet, do mag her sich iz mit gerichte unterwinden, iz si wi lange iz jener gehalden hat verborgen, daz hilft in nicht[20]).

3) Wenn der Knecht widerrechtlich Veräusserungen am Gut des Herrn sich erlaubt oder dem Knecht wider Willen Gut des Herrn abhanden kömmt.

Prager Rechtsb. 119. *Welcher knecht seines herrn gut vorspielt oder vortut oder vorsetzt, wo is der herre ankumpt, er helt sich dorczu mit rechte*[21]).

4) Dazu kömmt noch particularrechtlich der Fall, wenn ein Handwerker Sachen, die ihm zur Bearbeitung übergeben sind, veräussert. In diesem Falle ist die Zulässigkeit der Klage gegen Dritte keineswegs gemeines sächsisches Recht. Aus dem Gebiete des Landrechts fehlt es an Zeugnissen; das Magdeb. Recht aber schliesst die Klage gegen Dritte aus.

System. Schöffenr. V. c. 7 . . . *zo darf der man, deme di habe vorsaczt ist, dem erstin ansprecher nicht antwortin umme dieselbe habe, sunder her mus den ansprechen, dem her di habe czu dem erstin czu haldin gegebin, gelegin adir czu machin gegeben hatte*[22]).

---

20) Der Satz wird in aussersächsischen Rechtsquellen vielfach bestätigt. Eltviller Sch.-U. 14—15. Jahrh, bei Bodmann Rheing. Alterth. S. 674. Rechtsb. v. Memmingen v. 1396 bei v. Freyberg Sammlung hist. Schriften V. S. 292. 293. Handfeste v. Freiburg i. Uechtl. v. 1249 § 35. (Gaupp II. S. 90.) von Burgdorf v. 1316. § 85. (Gaupp. II. S. 128).

21) Sachsensp. III. 6. § 1. u. 3. Magd.-Görl. R. Art. 89. Syst. Schöffenr. III. 2. c. 43. Gosl. Stat. S. 82. Z. 18. S. 99. Z. 1. Distinctionen IV. 42. d. 1. u. 4. Salfelder Stat. 12. (Walch I. S. 17.) Vgl. auch noch Hamb. R. v. 1270. IX. 18. Bremer Stat. v. 1303. Ord. 96. (Oelrichs S. 123.) Stat. v. Verden 73. von Stade VI. 15. v. Riga Art. 120. Brünner Schöffenb. 277.

22) Kulm V. 6. Pölmann'sche Distinct. V. 13. d. 4.

Das Hamburger Recht v. 1270 VI. 16 (v. 1292. G. 14. v. 1497. L 15. v. 1603. II. 9. 18.), mit welchem die Statut. v. Bremen v. 1303. Art. 105, v. Verden art. 60, v. Stade V. 15. übereinstimmen, beschränkt sich auf die Anordnung: *de ammetman ne mach dat gud nicht hogere vorsetten den vor syn lon*[23])", ohne die rechtlichen Consequenzen anzugeben, welche eine pflichtwidrige Veräusserung oder Verpfändung nach sich zieht. Die Praxis hat jedoch auf Grund dieser Stelle die Verfolgung der Sache in dritter Hand für zulässig gehalten.[24])

Das Lübische Recht Cod. II. Art. 193. dagegen erkennt die Vindicationsbefugniss in unzweifelhafter Weise an: *Doit en man kledere oder anders wat jemende to makende unde vorkoft oder verset dat jene, deme it is ghedan to makende, de gene de it dede do makende, magh et na stades rechte*[25]) *bet beholden, den it iement eme untsecghen moghe.*

Damit stimmt die grosse Sammlung des Braunschweig. Stadtrechts Art. 108. (Urk. B. der Stadt Br. S. 110) überein: *. . . vorkofft edder vorsed de scrader dat want, des dat want is, de schal yd to sek ten uppe den hilleghen ane broke* (die ihm der Besitzer zu zahlen hätte), *unde me schal dem scradere volghen myt der veme*[26]).

---

23) Im Lüneburger Stadtr. c. 113 (bei Kraut S. 79.) hat der Satz die Fassung, dass der Arbeiter um sich bezahlt zu machen, das Garn oder die Leinwand für das Arbeitslohn versetzen darf.

24) Goldschmidt Zeitschr. f. das gesammte Handelsr. VIII. S. 253. Note 17. — Dass der Pfandgläubiger das Arbeitsgeld fordern kann, welches der Eigenthümer dem Handwerker schuldig ist, ist Nichts als eine Geltendmachung des Retentionsrechts des deutschen Rechtes, nur in Verbindung mit einer Succession in die Forderung des Handwerkers. Vergl. Baumeister Privatr. von Hamburg I. S. 255. Note 31.

25) Es ist bemerkenswerth, dass dieser Satz ausdrücklich auf statutarische Satzung zurückgeführt wird.

26) Vgl. auch die ältere Sammlung Art. 86. (a. a. O. S. 48) für den besonderen Fall, dass der Tuchmacher zur Bearbeitung erhaltene Wolle versetzt.

Man darf wol Goldschmidt[27]) beistimmen, der diesen Rechtssatz herleitet aus dem ursprünglichen Hofverhältniss der Handwerker, „so dass auch hier der Eigenthümer das dem Handwerker übergebene Gut in seiner Gewere behielt."

Die übrigen gewöhnlich angeführten Fälle, in denen die Regel Hand muss Hand wahren keine Anwendung finden soll, nämlich falls das anvertraute Gut Seitens eines Fuhrmannes, Schiffers, Trödlers, Verkaufscommissionairs veräussert wird, lassen sich aus sächsischen Quellen nicht belegen[28]). Es lässt sich im Gegentheil für die fortdauernde Geltung des entgegengesetzten Prinzips noch aus dem Jahre 1472 ein Lübisches Urtheil[29]) anführen, durch welches die Verpfändung fremder über Sand und See gebrachter Bücher dem Eigenthümer gegenüber für wirksam erklärt wird, wenn der Verpfänder kein blosser Bote des Eigenthümers war.

Nur die Gosl. Statut. S. 99. Z. 5. gestatten dem Deponenten die Verfolgung seines Gutes, wenn die deponirte Sache vom Depositar veräussert oder ihm entwendet wird[30]). Dass dies aber eine partikuläre Besonderheit ist, wird durch den Umstand bestätigt, dass das Rechtsb. nach Distinct. IV. 42. d. 6. die Stelle bei ihrer Herübernahme gradezu in ihr Gegentheil verwandelt: „*do mag sich der czu czin, deme is entwand waz unde nicht der, dez is waz.*"

---

27) a. a. O. S 253.

28) Auch aus süddeutschen Quellen schwerlich; denn die immer citirte Stelle der Augsburger Statuten 298 (Walch IV. S. 300) ist für sich allein zum Erweise dieser Ausnahmen nicht genügend.

29) bei Michelsen Oberhof Nro. 58. S. 146.

30) Die von Budde de vindic. rer. mob. p. 58. gegebene Interpretation, dass der Deponent der Dieb sei und der Depositar das Klagerecht habe, ist weder nach dem Zusammenhange noch nach der Wortfassung der Gosl. Statuten möglich. Vgl. auch Göschen Gosl. Stat. S. 319. Hänel Beweiss. S. 145.

III. Die Regel „Hand muss Hand wahren" findet aus überwiegenden Gründen der Billigkeit in folgenden Fällen keine Anwendung:

1) Wenn eine Jemandem anvertraute Sache wegen eines Verbrechens unter ihm confiscirt wird, so steht dem Eigenthümer frei, dieselbe zu reclamiren. Ein Recht, das man dem Erben des geächteten Verbrechers gestattete, Sachsensp. I. 38. § 2 [31]), konnte man unmöglich dem fremden Eigenthümer versagen. Daher war es ein gemeingültiger Satz: *neman mach vorwerken enes andern gut* [32]).

War dagegen die Confiscation in rechtsgültiger Weise vollzogen und die weggenommene Sache bereits in dritte Hände übergegangen, so konnte der frühere Eigenthümer sie vom Besitzer nicht mehr zurückfordern, sondern nur Schadens-Ersatz von demjenigen verlangen, welcher die Confiscation verschuldet hat [33]).

2) Wenn Gläubiger eine fremde Sache unter ihrem Schuldner mit Beschlag belegen, so lassen mehrere Rechte eine Intervention des Eigenthümers zu, so lange die Execution noch nicht vollstreckt ist.

Das System. Schöffenrecht, welches, wie oben erwähnt, bei den von Handwerkern veräusserten Sachen die Geltung der Regel Hand muss Hand wahren anerkennt, bestimmt

V. c. 4. *Gebit eyn man und tut syn gewant eyme snyder czu machin adir vormitet eyme andirn syn pfert ader*

---

31) Vgl. die von Homeyer in der 3. Ausg. zu dieser Stelle citirten Parallelstellen u. Literatur-Nachweisungen.

32) Sachsensp. II. 31. § 3. Prager Rechtsb. 191. Nro. 2. Gosl. Stat. S. 88. Z. 39. u. S. 39. Z. 5—16. Distinct. IV. 9. d. 14. Brünner Schöffenb. c. 379. Neue Skra f. Nowgorod. Lüb. Urk. B. I. S. 700. in der Mitte. — Auch gekaufte und noch nicht bezahlte Sachen, welche sich in dem confiscirten Vermögen vorfanden, wurden dem Verkäufer zurückgegeben. Vgl. z. F. Brünner Schöffenb. c. 223.

33) Brünner Schöffenb. c. 112.

anders vihes, welchirleye daz ist, unde wirt der snyder adir der mytman abetrynnig und blibit den lutin schuldic und lozin daz gewant adir vihe in erym gemache, dorynne ze gewonit habin, zo mogin dy leute, der daz gewant adir vihe ist, dorczu sich wol czihin und vorantwortin mit rechte und di leute, den der abetrunnege man ist schuldic blebin, daz gewant adir pfert adir andir vihe mogin ze nicht vor ere schult beseczin noch irclagin [34]).

Ebenso bestimmen das Bremer Recht v. 1303 Art. 36 (Oelrichs S. 90.) und die Verdener Statut. c. 61. (Pufend. Obs. I. App. p. 99), dass wenn der *ammetman sterve idher untwike van nude idher van not* der Eigenthümer gegen Erlegung des Arbeitslohnes seine Sache zurücknehmen kann [35]). Derselbe Grundsatz findet sich in den Goslar. Stat. S. 66. Z. 27—34. und in dem Stadtrecht von Nordhausen c. 35. (Förstemann Neue Mittheil. Bd. III. Heft 1. S. 40) [36]). Ebensc in süddeutschen Rechtsquelllen [37]).

Dagegen fand die Regel „Hand muss Hand wahren" auc in diesem Falle strenge Anwendung in Lübek.

Cod. II. Art. 194. *Cumt it so, dat de deme it ghelenet i it verkoft oder vorsettet, unde ofte it bekumeret we oder holt it jement up, de deme anderen dat gh*

---

34) Uebereinstimmend Böhme VI. S. 115. al. 1. Kulm V. 4. Pö mann'sche Distinct. V. 13. d. 6.

35) Den herausgehobenen Worten zu Folge haben die Stellen de Fall im Auge, dass die Rückforderung den Gläubigern gegenübe geltend gemacht wird, die sich an die zurückgelassenen Sachen halten woll

36) Vgl. Albrecht Gewere Note 192c. Budde de rei vindic. p. 5

37) v. Meibom Pfandrecht S. 64. — Wenn demnach v. Meibo a. a. O. S. 63. sagt: „Nach dem Rechte des Sachsensp. und verwandt Rechtsquellen unterliegt es keinem Zweifel, dass die Eigenthumskla gegen den Pfandnehmer oder den Käufer der gepfändeten Sac ausgeschlossen war" so wäre die Hinzufügung von Beweisen wünsche werth gewesen.

enet hevet, de is pflichtich it to losende ofte het weder hebben wil unde degene, de it under sic hevet, maghet bet beholden na stades rechte den de gene, de deme anderen dat gelenet hevet.

Für einen speciellen Fall bestätigen die Freiberger Statuten dasselbe.

I. 28. (Schott III. S. 160.) *Ein iclich man der erbecins hat, der hat gewalt und recht zu pfendene an der stat, da sin erbezins lit; waz he da vindet oder wes iz ouch ist, daz nimit he und pfendit iz vor sinen erbecins mit rechte* [38].

Schwankend scheint die Praxis des Brünner Schöffenstuhls gewesen zu sein. Denn während im Brünner Schöffenbuch c. 95 das allgemeine Princip aufgestellt wird, dass die Beschlagnahme dem Eigenthümer unschädlich sein soll, selbst dann, wenn der Besitzer die mit Arrest belegten Sachen für die seinigen ausgegeben hat, wiesen die Schöffen in dem im Cap. 155 mitgetheilten Rechtsfall den intervenirenden Eigenthümer dem Gläubiger gegenüber ab mit der Bemerkung, dass er den Ersatz des Schadens von demjenigen zu fordern habe dem er die Sache geliehen hatte.

Eine sonderbare Art von Vermittelung zwischen beiden Prinzipien zeigt sich in den Statuten von Bochold in Westphalen Art. 23. (Wigand's Archiv Bd. 3. Heft 1. S. 11.)

Item of een man gependet worde, de vroemde have myt synre have yn dem stalle hedde, de em mede afgependet worde, so mach de ghene komen, den de have to behoert unde untfueren de alze recht ys. Wen he en darf der have nyt weder dryven yn den selven stal; want worde se eme anderwerf

---

38) Vgl. dagegen Bremer Stat. v. 1303 c. 29. (Oelrichs S. 57. 58) Den Bürgern von Spandau wurde durch besonderes Privileg von 1313. das Recht ertheilt, dass Vieh, welches sie bei einem Gutspächter eingestellt haben, wegen rückständigen Pacht — oder Frbzinses nicht gepfändet werden dürfe. (Gengler Stadtr. S. 448).

afgependet[39]*), he en mach der have nycht anderwerf untfueren.*

3) Eine gewisse juristische Verwandschaft mit den beiden besprochenen Fällen hat der Grundsatz, dass die Regel „Hand muss Hand wahren" keine Anwendung findet gegen den Erben desjenigen, dem die Sache übergeben worden ist, oder gegen denjenigen, der die Sache als Nachlasssache inne hat, z. B. gegen den Richter, der einen erblosen Nachlass in Besitz genommen hat. Der Erbe oder Nachlassbesitzer erscheint nicht als dritter Besitzer, sondern setzt den Besitz des ursprünglichen Empfängers fort. Dieser an sich zweifellose und selbstverständliche Satz bedarf nur deshalb der Erwähnung, weil die ihn aussprechende Stelle des Sachsensp. (II. 60. § 2.) zu dem Missverständniss Anlass gegeben hat, dass die Klage gegen den Depositar, Commodatar u. s. w. selbst eine persönliche, gegen den Erben desselben dagegen eine dingliche sei[40]. Der logische Gegensatz zwischen den beiden Paragraphen von Sachsensp. II. 60. beruht aber nicht auf dem Unterschiede von *vorderunge* und *sik to tien*, wie bereits oben dargelegt worden ist, sondern an die Schlussworte des § 1, dass eine Klage auf Rückgabe anvertrauten Gutes nur zulässig ist *uppe den dem he si leich oder versatte*, schliesst sich erläuternd oder einschränkend der Satz an, dass nach dem Tode des Schuldners das Gut gefordert werden kann *jegen den erven oder jegen den richtere, of it an in geboret*[41]. Dieser Fall bildet daher weder eine Ausnahme von der Regel: „Hand muss Hand wahren", da Erbgang keine Veräusserung ist, noch eine Erweiterung des Gebietes, auf welchem die Klage um Mo-

---

39) d. h. stellt der Eigenthümer die reclamirten Thiere wieder in denselben Stall ein und werden sie dort wiederum mit Beschlag belegt.

40) Vgl. Platner Histor. Entw. II. S. 311. Rückert Unters. über das Sachenr. S. 214 u. bes. Siegel Erbrecht S. 186.

41) Vgl. auch Lewis Succ. des Erben S. 98 fg.

bilien in rem scripta ist, da die Klage gegen einen Dritten, an den sie der Erbe bereits weiter veräussert hat, zweifellos unzulässig ist; sondern der Erbe tritt lediglich in die Stelle seines Erblassers ein. In gleicher Weise ist die Obrigkeit, welche fremdes Gut confiscirt hat, und der Gläubiger, welcher fremdes Gut mit Beschlag belegt hat, anzusehen.

IV. Auch die Regel, dass wider Willen des Besitzers abhanden gekommene Mobilien von dem dritten Besitzer zurückgefordert werden können, erleidet einige specielle Ausnahmen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs.

1) Gemeinrechtlich ist die Klage des Eigenthümers etc. ausgeschlossen zu Gunsten der Juden, welche unverholen und unverstohlen die Sache gekauft oder als Pfand angenommen haben [42].

2) Particularrechtlich ist die Verfolgung von solchen Waaren in dritter Hand ausgeschlossen,

a) welche über die See eingeführt worden sind [43],

b) welche von auswärts über Land in die Stadt gebracht worden sind und seit Jahr und Tag unangesprochen in der Stadt sich befinden [44],

c) welche auf dem Jahrmarkt gekauft sind [45].

---

42) Dieser Punkt bedarf keiner näheren Darstellung, da er in neuester Zeit wiederholt Gegenstand der eingehendsten Untersuchungen geworden ist; siehe Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. VIII. S. 266—278. v. Meibom Pfandrecht S. 311 ff. Stobbe die Juden in Deutschland S. 119 fg. 241 fg.

43) Hamburger Stadtr. v. 1270. VII. 9. Abs. 1. Lüb. R. Cod. III. Art. 334. Stat. v. Stade VII. c. 7. (Pufend. Obs. App. I. p. 210). Vgl. Albrecht Gewere S. 124. Goldschmidt a. a. O. S. 262. Note 8.

44) Hamb. Stadtrecht v. 1270 VII. 9. Abs. 2. Stat. v. Stade a. a. O. Vgl Baumeister Privatr. v. Hamburg I. S. 246. Note 20.

45) Leobschützer Privil. v. 1270 § 40. Brünner Schöffenb. 57. a. Anf. — Uebereinstimmend ist das Murtener Stadtrodel § 34. (Gaupp Stadtr. II. S 158).

§ 13. Fortsetzung. — Schlichte Klage und Anefang.

Die von Albrecht[1]) und Gaupp[2]) begründete und lange Zeit herrschende Ansicht, dass Anefang die dingliche, und Forderung die persönliche Klage um fahrende Habe bezeichne, bedarf heut kaum noch einer Widerlegung. Wenngleich an einigen Stellen *anefanc* und *vorderung* einander gegenüber gestellt werden[3]), so bezieht sich doch dieser Gegensatz nicht auf das Klagefundament, sondern lediglich auf die Art der Klageanstellung. Forderung ist gleichbedeutend mit Klage und im Gegensatz zu Anefang bezeichnet es daher die ohne die Form des Anefangs erhobene Klage. Dies ergiebt sich theils daraus, dass nicht blos *anefang* und *vorderung* sondern ganz in demselben Sinne auch *anefang* und *clage* einander gegenüber gestellt werden[4]) theils daraus, dass es mehrfach in das freie Belieben des Klägers gestellt wird, ob er den Anspruch auf eine Sache mit oder ohne Anefang erheben will[5]). In demselben Rechtsverhältniss sind sonach beide Klagen zulässig und die angeführten Stellen deuten keineswegs darauf hin, dass die Klage in dem einen Falle anders substanzirt werden müsse, wie in dem andern, oder dass hinsichtlich der Zulässigkeit der Einreden verschiedene Grundsätze beständen. Endlich beweisen alle Stellen, in denen die Procedur ds Anefangs beschrieben wird, dass man unter Anefang nicht die Darlegung eines gewissen (dinglichen) Rechtstitels, sondern eine Handlung des

---

1) Gewere S. 81 ff.

2) Zeitschr. f. Deutsches Recht. Bd. I. S. 111 ff.

3) namentlich im Rechtsb. nach Distinct. IV. 42. d. 14.

4) Vgl. besonders Sachsensp. III. 89. und die bei Behrend de simpl. act. p. 34. citirten Stellen.

5) Richtst. Ldr. 11. § 3. 16. §. 5. Blume des Sachsensp. actio 162. (Homeyer Richtst. S. 370).

Klägers versteht, die hauptsächlich in dem Anfassen der geforderten Sache besteht [6]).

Der richtige Gegensatz der Anefangsklage ist vielmehr die schlichte Klage d. h. die Klage um fahrende Habe, welcher die besondere Qualification, dass sie mit Anefang begonnen ist, fehlt. Allein wenngleich die heutige Theorie im Allgemeinen diese Unterscheidung richtig festhält, so wird doch regelmässig der Gegensatz dadurch in ein schiefes Licht gesetzt, dass man sich nicht damit begnügt, die schlichte Klage um Gut blos negativ als Klage um Gut ohne Anefang zu definiren, sondern dass man als positives Merkmal derselben den Satz aufstellt, der Verklagte könne dieser Klage durch seinen alleinigen Eid entgehen [7]). Zu dieser Auffassung wird man verleitet durch die Stelle des Richtsteiges, welcher wir die Kenntniss über den Gegensatz von schlichter Klage und Anefangsklage vorzugsweise verdanken (c. 11. § 3.); allein man bringt dadurch in den Begriff der schlichten Klage ein unwesentliches Moment hinein und entstellt dadurch ihr wahres Wesen.

Allerdings ist es wahr, dass bei der Anefangsklage das eidliche Ableugnen des Besitzes Seitens des Verklagten nicht vorkommen kann, weil ja eben die litigiöse Sache in seiner Gewahrsam ergriffen ist, während bei der schlichten Klage der Eid, die Sache nicht inne zu haben, möglich ist, und dass, wenn er vom Verklagten geleistet wird, dies für die Fortsetzung des Prozesses zunächst präjudizirlich wird. (Vgl. oben § 11). Dies allein will auch der Richtsteig a. a. O. sagen.

---

6) Daher werden statt des technischen Ausdruckes *anevangen* die Worte *sich unterwinden, anvertigen, begreifen, occupare, arrestare, apprehendere* als synonym gebraucht.

7) So Hänel Beweiss. S. 140. 141. Behrend l. c. p. 35. und mit einigen Ungenauigkeiten Schulte Deutsche Rechtsgeschichte §. 153.

Allein auch wenn das Recht des Verklagten zu diesem Unschuldseide nicht begründet ist, kann die Klage als schlichte angestellt werden. Zunächst ist dies klar für den Fall, dass der Verklagte den Besitz der Sache zugiebt, die Auslieferung der Sache aber verweigert, weil er selbst ein Recht auf deren Besitz zu haben glaubt. Hier kann von einem Eide desselben über das Nichtbesitzen nicht die Rede sein, dessen ungeachtet ist der Kläger keineswegs genöthigt mit Anefang gegen ihn zu klagen, sondern die Klage kann eine schlichte bleiben. Es bedarf dafür wol kaum ausdrücklicher Quellenzeugnisse, da es sich aus der Natur der Sache ergiebt. Zum Beweise dient aber Richtst. c. 16, wo der Besitz der geforderten Sache vom Verklagten als zugestanden angenommen ist, und im § 5 dann hinsichtlich der Busse und des Gewed-des unterschieden wird, ob der Kläger sich der Sache *mit anverdinge underwunden* oder nur *si mit rechte* (andere Handschrift: *mit slechter clage) gevordert hebbe.* Auch in dem in der Blume des Sachsenspiegels bei Homeyer Richtsteig S. 370. behandelten Falle steht der Besitz Seitens des Verklagten fest, der Eid desselben ist also ausgeschlossen, dessen ungeachtet giebt die Stelle die Formel für die schlichte Klage.

Aber auch wenn der Verklagte den Besitz der geforderten Sache leugnete, brauchte der Kläger nicht zur Anefangsklage zu schreiten, sondern er konnte die Passivlegitimation des Verklagten durch leibliche Beweisung darthun. Dies beweist ganz unzweideutig der Richtsteig c. 11. § 3, indem er dem Kläger zwei verschiedene Wege anräth, die er einschlagen kann: entweder den Eid dem Verklagten durch Berufung auf leibliche Beweisung zu verlegen, oder ihn erst schwören zu lassen und nachher die Anefangsklage zu erheben[8]. Im

---

8) Die von Sohm Proc. der L. Salica S. 70, 71, Note 15 aufgestellte Ansicht, dass es zwei verschiedene Arten von Anefang gegeben habe, ist völlig unbegründet.

ersteren Falle bleibt daher die Klage eine schlichte. Dass der Richtsteig die Klage mit leiblicher Beweisung zur schlichten Klage rechnet, ergiebt sich auch daraus, dass er erst am Schluss des 11. Capitels sagt *tom anderen male mach me varende have mit anevange beclagen.* Das Vorhergehende bezieht sich also auf die erste Art der Klage, die schlichte Klage.

Es ergiebt sich hieraus, dass die schlichte Klage nicht auf die Fälle, in denen der Verklagte eidlich den Besitz ableugnen kann, beschränkt ist, sondern dass sowohl bei der Anefangsklage als auch bei der schlichten Klage der Besitz des Verklagten feststehen und eine Erörterung der materiellen Rechtstitel der Parteien auf den Besitz der Sache stattfinden kann.

Worin besteht nun der juristische Unterschied zwischen beiden Arten der Klage um Fahrniss?

Man darf die Klage mit Anefang nicht mit der Diebstahlsklage identifiziren; in dem Anefangen der Sache liegt an sich nicht die Beschuldigung, dass der Besitzer der Dieb oder Hehler sei. Die Diebstahls-Anklage ist eine peinliche, die Anefangsklage eine bürgerliche Klage; bei der ersteren handelt es sich wesentlich um die Bestrafung des Verklagten, bei der letzteren um einen vermögensrechtlichen Anspruch des Klägers. Von der Diebstahlsbeschuldigung schwört sich der Verklagte, wenn er unbescholten ist und keine handhafte That vorhanden ist, mit seinem Unschuldseide los; von der Anefangsklage kann er auf so einfache Weise nicht loskommen. Vgl. Sachsensp. II. 36. § 5. Es fehlt auch nicht an ausdrücklichen Quellenzeugnissen, dass die Anefangsklage nicht zugleich die Diebstahlsbeschuldigung enthält[9]. Es konnte

---

9) Vergl. z. B. Sachsensp. III. 89. Brünner Schöffenb. c. 103.

sich allerdings an die Anefangsklage die Diebstahlsbeschuldigung anschliessen; allein dasselbe konnte bei der schlichten Klage der Fall sein, da jeder, welcher den Besitz einer fremden Sache abgeleugnet hatte, die nachher in seinem Besitz gefunden wurde, als Dieb galt[10]).

Allein dessenungeachtet liegt in der Anstellung der Klage mit Anefang eine Beschuldigung, dass der Verklagte den Besitz der Sache nicht auf ordnungsmässige und rechtschaffene Weise erworben habe, dass er wenigstens durch Unvorsichtigkeit beim Ankauf, — z. B. durch Kauf zu einer Zeit oder an einem Ort oder von einer Person, der den Regeln des gewöhnlichen Geschäftsganges nicht entspricht —, oder durch Verbergung des Besitzes dem Kläger die Verfolgung seiner Sache erschwert habe. Bei der Klage mit Anefang ist der einfachen Klage auf Herausgabe der Sache gewissermassen accessorisch eine Delictsklage beigemischt. Diese beiden, begrifflich von einander verschiedenen, Bestandtheile der Klage mit Anefang lassen sich deutlich aus einander halten.

Die Wirkung der, der Klage um fahrende Habe beigesellten Delicts- oder Quasidelicts-Klage zeigt sich darin, dass der Kläger, wenn er mit seiner Klage abgewiesen wird, wegen der ungerechtfertigten Anschuldigung des Gegners Busse und Gewedde verwirkt; während wenn er mit schlichter Klage, also ohne Beschuldigung des Besitzers klagt, von dieser Succumbenzstrafe frei bleibt[11]). Ferner darin, dass der Beklagte, wenn er zur Herausgabe der Sache verurtheilt wird, der Regel

---

10) Goslar Stat. S. 100, Z. 23 ff. Goslar Erk. bei Bruns Beytr. S. 194, Nr. 32. Vergl. auch Sachsensp. II. 29. 37 u. v. a.

11) Sachsensp. I. 53 § 5 a. E. Goslar. Stat. S. 99, Z. 31 ff. Richtst. 16 § 5. — Das Breslau-Magdeb. R. v. 1261 § 44 beginnt: *Grifet ein man ein phert an etc;* der § 45: *Und sprichet ein man ein gut oder ein erbe an alse recht ist;* im ersteren Falle hat der sachfällige Kläger das Gewedde zu zahlen, im letzteren Falle nicht.

nach Busse und Gewedde erlegen muss, dass er sich aber von dieser Nebenstrafe frei macht, wenn er seine Schuldlosigkeit beim Erwerb und Besitz der Sache darthun kann.

Nach dem Richtsteig 15. § 2. soll bei der Forderung von Gut, das Räubern abgejagt worden ist, dieser Anspruch auf Nebenstrafen vom Kläger ausdrücklich darauf gegründet werden: *dat du dor sines helendes willen dat dine nicht ankommen kundest unde darumme nicht naquemest tu rechter tit;* ähnlich im Cap. 12. § 3. darauf, dass der Finder die Sache nicht aufgeboten und vielleicht den Besitz der Sache abgeleugnet und die Sache verborgen habe.

Der Verklagte kann demgemäss auch Einreden geltend machen, die ihn von der Hauptverpflichtung zur Herausgabe der Sache keineswegs befreien, sondern die nur zur Abweisung dieser Beschuldigung und zur Befreiung von der Bezahlung dieser Nebenforderungen dienen. Dahin gehören folgende Einreden:

1) Der Verklagte kann einwenden die Sache vom Kläger selbst leihweise erhalten zu haben. Das Beweisrecht für diese Behauptung hat der Verklagte und zwar ist der Beweis mit Zeugen (selbdritt) zu erbringen.

Blume des Magd. Rechts I. 159 (Homeyer Richtsteig S. 352) *Clagit denne der cleger alzo vor, daz er im deuplichin daz seyne intragin hab, so mag der antworter so sprechen: Ein pfert oder anders icht hot er mir williclychen gelygen, daz ich weder vorstolin noch geholin ny gehaldin hab, daz ich wol beweisen mag mit byderbin leutin mit alzo vielin, alz ich ir bedarf czu meinem rechtin. Bitte ich in einem rechtin urteil czu irvarin, ob ichs icht mit meynen geczeugin nehir czu beweysin sy, daz er mirs selbir gelygin hot und ichs mit seinen willen auz seinen geweren gebrocht hab, wen er mir mit geczeuge deube doran geczien muge, oder waz dorum recht sy.*

Das Gleiche gilt auch von dem Falle, dass ein Dritter die geanefangte Sache dem Verklagten unverholen geliehen oder zur Aufbewahrung übergeben hat.

Sachsensp. III. 5. § 1. *Svat so man enem manne liet oder düt to behaldene openbare, mach he dat getügen selve dridde, man ne mach ine düve noch roves tien daran.*

2) Der Verklagte kann sich darauf berufen, dass er die Sache gefunden oder Dieben oder Räubern abgejagt hat, oder dass sie ihm im Wasser zugeflossen ist, und dass er damit den Vorschriften des Rechts gemäss umgegangen ist d. h. sie öffentlich aufgeboten und unverholen besessen hat. Die Substanzirung dieses Einwandes giebt der Richtst. Landr. 12. § 1. in folgender Weise:

„*hir steit N. unde secht, he vunde bisterliken sodan gut, also N. eschet; dat hebbe he unvorholen behalden wen tu her; dat wil he gerne tu rechte beholden* (d. h. beweisen), *oft sic jeman dar tu ten wil.*“

Eine Abweisung des Klägers hat dieser Einwand nicht zur Folge, der Kläger kann vielmehr sich selbdritt zu seiner Sache ziehen; der Verklagte hat aber nicht nur weder Gewedde noch Busse zu zahlen, sondern er kann vom Kläger Ersatz der auf die Sache verwendeten Kosten verlangen[12]. Bestreitet der Kläger die Wahrheit der vom Verklagten behaupteten Thatsache, so kömmt der Verklagte zum Zeugenbeweis, und zwar mit den Bauern, vor denen er die Sache aufgeboten hat[13].

3) Hat der Verklagte die Sache aus Irrthum an sich genommen, so bleibt er von Busse und Gewedde frei, wenn er schwört, dass er sich im Irrthum befunden habe, und wenn

---

12) Richtst. Landr. a. a. O. und 15. § 1. Rechtsb. nach Distinctionen IV. 9. d. 5.

13) Richtst. Ldr. 15. § 2. Glogauer Rechtsb. c. 167.

er (im Bestreitungsfalle) Zeugen dafür erbringt, *„dat het oppenbare hat hevet unde unhalinges“* [14]).

4) Der Verklagte behauptet, die Sache von einem Unbekannten gekauft zu haben. Von der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache befreit ihn dieser Einwand niemals, wol aber von jeder Verminderung seiner Ehre und von der Verbindlichkeit, Busse und Gewedde zu zahlen. Diese Einrede muss so substanzirt werden, dass die Umstände des Kaufs annehmen lassen, der Verklagte sei ohne Schuld gewesen. Die Eidesformel dafür ist nach übereinstimmenden Angaben der Quellen:

daz her daz pfert unvorstolin und unvorholin des lichtin tagis gekouft habe uf dem markte, den her genant habe, her enwisse nicht wedir wen [15])

oder nach der Fassung des Art. 233 in dem II. Codex des

---

14) Hamburger R. v. 1270. IX. 23. (v. 1292. M. XIX.; v. 1497. O. XVI.) Bremer Ord. v. 1303. Art. 99 (Oelrichs S. 125). Verdener Stat. c. 147 (Pufend. I. p. 124). Stadener Stat. VI. 20 (eod. p. 206). Vgl. Sachsensp. III. 89. Richtst. c. 40.

15) Systemat. Schöffenr. III. 2 c. 96. Kulm III. 129. 130. Böhme VI. S. 107. al. 3. Magd. Sch.-Urth. bei Gaupp Stadtr. II. S. 272. — Vgl. Sachsensp. II. 36. Prager Rechtsb. 186. Stat. v. Salzwedel § 87. Richtsteig 13. § 5. — Bresl.-Magd. R. v. 1295 § 7. Magd.-Görl. Art. 47. Kulm III. c. 127. 133. System. Schöffenr. III. 2. c. 99. Böhme VI. S. 124 al. 2. Distinct. IV. 9. d. 4; IV. 42. d. 7. Glogauer Rechtsb. c. 420. — Goslar. Stat. S. 99. Z. 10 ff. — Prager Jura Theutonic. § 23. Brünner Schöffenb. c. 103. Leobschützer Handf. v. 1270 § 41. Frankensteiner Hdf. v. 1337 (Tzschoppe und Stenzel S. 547 Nr. 150). — Salfelder Stat. 4. (Walch. I. S. 14) Mühlhäuser Rechtsb. (Förstemann VII. Heft I. S. 87). Lüneburger Stadtr. 48. (Kraut S. 57). Aehnlich auch Bamberger Stadtr. § 76. — Hamburger R. v. 1270 XII. 5 (v. 1292 P. 5. v. 1497. O. XIV.) Bremer Ord. 74 (Oelrichs S. 108). Stat. v. Verden 145. v. Stade XI. 5. Braunschweiger Otton. Stadtr. Art. 23. 26. — Stadtr. v. Schleswig c. 18: se forensi emptione rem illam emisse nec se furem cognovisse nec furti conscium extitisse.

Lüb. Rechts bei Brokes. Observ. Forens. Append. p. 65 und dem Kolleschen Rechtsbuch (Hach Lüb. R. S. 542).

„dat he dar nicht quades ane wuste, do he dat kofte effte to sik entfenk".

5) Auch die Behauptung, die geanefangte Sache im Nachlass vorgefunden zu haben, befreit nicht von der Pflicht sie herauszugeben, wol aber von jeder weiteren Haftung, wenn dies durch einen Gewährsmann bescheinigt werden kann[16]). Darauf ist zu beziehen:

Goslar. Stat. S. 100 Z. 9. *We senne weren an ervegude bringhet vor gerichte, dat under eme gheanevanghet is, de is des ledich unde los, it ne were dat he silve an der dat an rade oder an dat sculdich were.*

6) der Verklagte konnte sich auf einen namhaft gemachten Gewähren berufen, von dem er die Sache redlich erworben habe. Man könnte meinen, — und dies scheint die gewöhnliche Ansicht zu sein —, dass die Entscheidung darüber, ob der ursprüngliche Verklagte Gewette und Busse zu zahlen resp. zu empfangen habe, davon abhängt, ob dem letzten Auctor gegenüber, an den der Prozess devolvirt wird, der

16) Dass dieser Einwand von der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache nicht befreit, wird sich unten bei Besprechung der einzelnen Klagen um Mobilien zeigen; dass aber der Erbe, welcher eine fremde Sache im Nachlass vorgefunden hat, dafür nicht mit Busse und Gewedde bestraft werden kann, lehrt das natürliche Billigkeitsgefühl. In Ermangelung anderweitiger Stellen aus den Sächs. Rechtsquellen, welche diesen speciellen Fall betreffen, sei es gestattet eine Stelle aus sehr alter Zeit anzuführen, die unsern Fall mit besonderer Deutlichkeit erörtert. Es ist Lex Salica 101. Die Sache selbst kann der Erbe nur dann behalten, wenn er mit 3 Schwurgenossen beweist, die Sache im Nachlass vorgefunden zu haben, mit drei anderen, wie sein Erblasser die Sache erworben habe. Kann er diesen zweiten Beweis nicht erbringen, wol aber den ersten, so muss er die Sache herausgeben, wird aber im Uebrigen von der Klage ledig und los. Vgl. auch Sohm Proz. der L. Sal. S. 114.

Anefangskläger durchdringt oder nicht. Dies ist jedoch unrichtig.

Allerdings sagen die Magdeb. Fragen I. 13. d. 1. ganz allgemein: *„welcher denne vellig wirt, der sal deme andern redeliche koste gelden unde busze geben unde deme richter syn gewette“* [17]; allein, da dem Gewähren gegenüber der Anefang wiederholt wird und der Gewähre als Partei an die Stelle des ursprünglich Verklagten in den Prozess eintritt [18]), so müssen diese Stellen so verstanden werden, dass Gewedde und Busse von demjenigen bezahlt wird, der bei der definitiven Entscheidung der Sache den Prozess verliert. Es ist dies, abgesehen von den bald anzuführenden Quellenzeugnissen, aus sachlichen Gründen wahrscheinlich. Denn wenn der Gewähre die Gewährspflicht anerkennt, so wird er dem Käufer gegenüber ersatzpflichtig; er müsste daher dem ursprünglich verklagten Besitzer Busse und Gewedde, die dieser bezahlt hat, ersetzen. Einfacher war es daher, wenn der letzte Gewähre diese Strafgelder unmittelbar dem Kläger und Richter bezahlte. Sodann konnte der Käufer völlig schuldlos beim Erwerbe und Besitz der Sache sein, dessen ungeachtet aber der Gewähre oder ein Vordermann desselben unterliegen. Der Besitzer, welcher den Namen des Gewähren gar nicht angab, sondern nur die Sache unverholen gekauft hat, wäre der von uns bekämpften Ansicht zu Folge besser fortgekommen, wie derjenige Verklagte, der einen Gewähren stellte, dessen Gewährsmann aber den Prozess verlor.

Die Quellen verpflichten daher den Verklagten nur dann zur Zahlung von Busse und Gewedde, wenn ihm an dem Gewähren Bruch wird, d. h. wenn er den Gewähren überhaupt

---

17) Uebereinstimmend Kulm III. c. 128. Böhme VI. S. 120 al. 8. Vgl. auch Sch. Urth. bei Wasserschleben S. 422. c. 78.

18) Siehe unten § 17. Nr. 5.

nicht stellen kann, oder der gestellte Gewähre sich weigert, die Gewährspflicht zu übernehmen[19]). Räumt dagegen der Gewähre den Verkauf oder die Gabe ein, so wird der Verklagte von jeder Verpflichtung zur Zahlung von Busse und Gewedde frei, gleichviel wie der Prozess in der Hauptsache ausfällt.

Richtsteig 14. § 6. *So vrage desse, oft sin gewere eme vor jeme richter des kopes edder der gave in dem hegeden dinge bekende, oft he denne icht tu rechte loz were, wus oc vort ginge. Dat vintme.* Vgl. Richtst. 13. § 3.

Das Mühlhäuser Rechtsb. (Förstemann Neue Mittheilungen VII. Heft I. S. 86.) bestimmt, dass wenn der Gewährsmann am Anefangsgericht sich einstellt, der Verklagte nur zu schwören braucht, *daz he sinin rechtin werin bracht habi. Swanni he daz getuit, so heit he den man giwert.*

Das spätere Magdeb Recht ging noch einen Schritt weiter. Auch wenn dem Verklagten am Gewähren Bruch wurde, konnte er dennoch völlig redlich in den Besitz der Sache gekommen sein. Ob der Gewähre seinen Verpflichtungen gegen seinen Käufer nachkommen wollte oder konnte, dafür den letzteren dem Vindicanten gegenüber verantwortlich zu machen, erschien unbillig. Man verlangte daher von dem Verklagten nur den Eid *das her sich tzyhe tzu rechtir tzucht.* Durch Ableistung dieses Eides wurde er von der Verpflichtung zur Zahlung von Busse und Gewedde frei, selbst wenn ihm nachher am Gewähren Bruch wurde d. h. wenn er den angegebenen Gewährsmann gar nicht stellen konnte.

Diese Fortbildung des Magdeb. Rechts erhellt am deutlichsten, wenn man Kulm III. 127. mit seiner Quelle, dem Bresl.-Magd. R. v. 1261. § 44. vergleicht. Während beide

---

19) Sachsensp. II. 36 § 5. Bresl -Magdeb. v. 1261 § 44. Glog. Rechtsb. 422. Weichbildr. Art. 133.

Stellen im Uebrigen wörtlich übereinstimmen, zeigen sie folgende Abweichung:

Bresl.-Magd. R. v. 1261. §44.	Kulm III. 127.
... *und wirt jeneme des bruche und mach her des nicheinen geweren haben alse her sich vormezzen habete, so sal her burgen setzen deme richtere vor die buze und vor die chost, die jener darumbe vortan habet.*	*und wirt yeme broch und mag her des keynen geweren haben, alse her sich vormessen hatte, so vorluset her syn gelt das her dorumme gap und mus yeme syn pfert wedirgeben, abir irkeiner darf des andirn kost gelden noch busse noch gewette geben.*

Diese mildere Behandlung des Verklagten wird ausserdem bestätigt im Magd.-Görl. Recht Art. 97. Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 96. Kulm III. 130. Auch das Mühlhäuser Rechtsbuch a. a. O. S. 87 gestattet dem Verklagten, falls ihm am Gewähren Bruch wird, noch den Eid, dass er die Sache bei hellem Tage gekauft habe.

Die erörterten Einreden, welche die Entscheidung in der Hauptsache unberührt lassen und nur die Entscheidung über Busse und Gewedde angehen, beweisen die oben hingestellte Behauptung, dass bei der Klage mit Anefang dem Anspruch auf Herausgabe der Sache noch ein anderer Anspruch accessorisch beigesellt ist, der die Natur einer Delictsklage hat[20]).

---

20) Aus dem Vorstehenden ergiebt sich die Unrichtigkeit der von Hänel Beweiss. S. 142, 143. aufgestellten Ansicht: „Diese Busse und Wette erscheint nicht als eine Strafe für eine dem gelungenen Anefang subintelligirte Unredlichkeit des Beklagten, sondern als Strafe für die Verzögerung des Processes durch unnützes Berufen auf einen Geweren.“ Wie erklärt sich hieraus die Pflicht des unterliegenden Klägers, Busse und Gewette zu zahlen? Warum zieht unnützes Berufen auf einen Gewähren nicht Busse und Gewette nach sich, wenn der Kläger ohne Anefang klagt? Wozu diente der Eid des Verklagten, die Sache redlich von einem Unbekannten gekauft zu haben, wenn die Verpflichtung zu Busse und Gewette nur eine Folge von dem Zuge an den Gewähren

Bemerkenswerth ist dabei aber, dass die Unredlichkeit nicht dem gegenwärtigen Besitzer, also dem ursprünglichen Verklagten, persönlich vorgeworfen wird, sondern alternativ ihm oder einem seiner Vorgänger im Besitz. Der Delictsbestandtheil der Anefangsklage hat einen Character, der der actio in rem scripta gewissermassen als Gegenstück dient. Die Beschuldigung der Unredlichkeit wird zwar demjenigen gegenüber erhoben, bei dem die Sache ergriffen wird, aber durch das Ziehen auf den Gewähren wälzt sich die Anschuldigung fort von einem Vorbesitzer auf den andern; bis sie auf denjenigen kömmt, der sich nicht mehr von ihr los machen kann. Ist die litigiöse Sache dem Kläger auf widerrechtliche Weise fortgekommen, so hat er Aussicht, den Delicts-Anspruch endlich durchzuführen, auch wenn er die Sache in den Händen eines gutgläubigen Besitzers findet. Damit mag es zusammenhängen, dass particularrechtlich der Anefang nur bei gestohlenen oder geraubten Sachen zulässig war[21]), und dass die Quellen ihn fast nur in diesen Fällen erwähnen.

An und für sich aber ist kein Grund vorhanden, den Anefang in irgend einem Falle, in dem jemandem eine Sache mit Unrecht vorenthalten wird, auszuschliessen. Insbesondere besteht kein begrifflicher Gegensatz zwischen der Klage mit Anefang und der Regel „Hand muss Hand wahren". Der Regel „Hand muss Hand wahren" steht gegenüber die Zulässigkeit der Klage gegen Dritte; der Klage mit Anefang

---

war? — Sohm Proc. der L. Sal. S. 73. Note 18, der Hänel folgt, beruft sich auf Richtst 16. § 5, 6. um zu zeigen „wie wenig die Bedeutung der Busse (im Mittelalter) noch verstanden wurde"; mit grösserer Sicherheit dürfte man wol aus solchen Quellenzeugnissen schliessen, wie wenig die Bedeutung der Busse von Sohm verstanden wird, — ohne dass wir übrigens die ausgezeichneten Verdienste, die Sohm durch andere Partien seines Buches sich erworben hat, verkennen.

21) Goslar. Statut S. 98. Z. 15. Distinct. IV. 42 d. 1. Purgoldt VII. c. 70. Vgl Richtsteig II. § 4.

entgegengesetzt ist die schlichte Klage[22]). Wenn daher der Commodatar die geliehene Sache über die verabredete Zeit zurückhält, so kann zwar nur gegen ihn und seine Erben auf Rückgabe der Sache geklagt werden; aber aus der juristischen Natur des Anefangs erwächst kein Hinderniss, diese Klage mit Anefang anzustellen, wo nicht particularrechtlich die Zulässigkeit des Anefangs in engere Gränzen eingeschränkt ist. Daraus erklärt sich ohne Schwierigkeit die viel besprochene Stelle des Sachsensp. III. 22. § 3, verglichen mit Richtsteig 16. § 5.[23]).

Prozessualische Unterschiede zwischen der Anefangs- und der schlichten Klage sind folgende:

1) Das Forum für die schlichte Klage ist das persönliche Gericht des Verklagten, für die Anefangsklage dagegen das Gericht des Ortes, wo der Anefang erfolgte[24]). Es war dies bei den Zuständen der mittelalterl. Rechtspflege ein wesentlicher Vortheil, der die Erhebung der Klage mit Anefang in vielen Fällen zur Nothwendigkeit machte, wenn der Kläger das Seinige wieder erlangen wollte.

2) Bei der schlichten Klage bleibt der Verklagte im Besitz der litigiösen Sache bis zur definitiven Entscheidung. Dasselbe bestimmt zwar auch für die Anefangsklage der Sachsensp. II. 36. § 8. Richtst. 13. § 2. a. E. Distinct. IV. 9 d. 4 a. E. Glogauer Rechtsb. 426. Allein die Mehrzahl der städtischen Rechtsquellen weicht davon ab.

---

22) Das Verhältniss der Anefangsklage zur Forderung resp zur schlichten Klage ist allein bei Planck Zeitschr. f. Deutsches Recht X. S. 245, 246 Note 93, 94 völlig richtig und den Quellen entsprechend, wenngleich sehr kurz und ohne genügende Motivirung dargestellt. Damit im Wesentlichen übereinstimmend ist Homeyer Richtsteig S. 440. Die bei anderen Schriftstellern verbreiteten zahlreichen Irrthümer im Einzelnen zu widerlegen, wäre ebenso undankbar als unerquicklich.

23) Vgl. Homeyer Richtsteig S. 442.

24) Stobbe im Jahrb. des gem. Deutsch. Rechts I. S. 415 ff.

Nach dem Goslar. Recht S. 99. Z. 23. behält der Verklagte den Besitz nur dann, wenn er Caution stellt, widrigenfalls der Kläger die Sache gegen Caution bekömmt. Ebenso muss nach dem Recht v. Mühlhausen S. 87. und nach dem Brünner Schöffenb. c. 97. der Verklagte Caution stellen. Vgl. auch Stadtrecht von Schleswig Art. 18.

Nach den Braunschweiger Statuten Art. 24. 26., den Statuten von Celle Art. 30., von Hildesheim Art. 20. (Pufendorf Obs. App. IV. p. 283), wechselt der Besitz von Thieren immer von 14 Tagen zu 14 Tagen, während andere Sachen einem Sequester übergeben werden. Nach dem Bamberger R. § 110. nimmt das Gericht die Sache in Asservation.

Wenn der Verklagte im Besitz bleibt, ist ihm jede Verfügung über die Sache untersagt und in jedem Falle trägt der Besitzer die Gefahr[25]).

§ 14. Uebersicht der Klagen um fahrende Habe.

Den vorstehenden Erörterungen gemäss lässt sich folgendes System der Klagen um Mobilien aufstellen. Die Klagen werden nach einem doppelten Gesichtspunkt eingetheilt.

I. Die eine Eintheilung bezieht sich darauf, ob der Klage der Vorwurf der Unredlichkeit mit beigemischt, oder ob die Klage lediglich auf Herausgabe der Sache gerichtet ist; darnach zerfallen die Klagen um fahrende Habe:

1) in die Anefangsklage und

2) in die schlichte Klage.

Diese Eintheilung hat demnach keine Beziehung auf den Anspruch auf die Sache selbst; derselbe kann bei der schlichten

25) Bremer Ord. 40 (Oelrichs S. 92). Gosl. Stat. 99. Z. 25. Brünner Schöffenb. 97. — Vgl. auch Magd.-Stendal. Urth. 3. § 1. und dazu Behrend S. 14. über die Haftung des Detentors einer Mobilie, welche gerichtlich mit Beschlag belegt worden ist.

Klage und bei der Anefangsklage auf demselben Fundament beruhen.

II. Die andere Eintheilung ist davon hergenommen, ob die Klage gegen jeden Besitzer zulässig (in rem scripta) ist, oder nicht; mit Rücksicht auf dieses Eintheilungsprinzip zerfallen die Klagen um fahrende Habe ebenfalls in zwei Klassen.

1) Die erste Klasse wird gebildet durch die Klage auf Rückgabe abhanden gekommener Mobilien.
2) Die zweite Klasse umfasst mehrere Fälle, die sich auf drei Kategorien zurückführen lassen. Der Anspruch auf Herausgabe einer Mobilie kann entweder darauf beruhen,
   a) dass der Kläger die verlangte Sache freiwillig dem Verklagten selbst oder dessen Erblasser unter der Verpflichtung zur Rückgabe übergeben hat; oder
   b) darauf, dass der Verklagte vertragsmässig die Uebergabe der Sache dem Kläger zugesichert, z B. sie ihm verkauft hat; oder endlich
   c) darauf, dass der Verklagte Nachlasssachen in Händen hat, die der Kläger kraft Erbrechts beansprucht.

Bei den Klagen der zuletzt erwähnten Art gelten im Wesentlichen gleiche Grundsätze für Mobilien und Immobilien; eine gesonderte Darstellung der erbrechtlichen Klagen, je nachdem sie Fahrniss oder Immobiliar-Vermögen zum Object haben, ist weder nöthig noch angemessen. Bei der grösseren Wichtigkeit der Klagen um Immobilien werden wir unten die erbrechtlichen Klagen um Mobilien in Zusammenhang mit den erbrechtlichen Klagen um Immobilien erörtern. Es gliedert sich daher der in diesem Capitel zu behandelnde Stoff naturgemäss in 3 Abschnitte:

Die Klage auf Rückgabe abhanden gekommener Mobilien.

Die Klage auf Rückgabe anvertrauter Mobilien.

Die Klage auf Uebergabe angeschaffter Mobilien.

§ 15. Im Allgemeinen.

Wir haben oben den Beweis zu liefern gesucht, dass di Klage um fahrende Habe in rem scripta ist, wenn die gefor- derte Mobilie dem Kläger wider Willen abhanden gekomme ist. Diesen mit Rücksicht auf das Klagerecht formulirte Satz kann man auch als einen Satz des materiellen Recht fassen, der das Gegenstück zur Regel „Hand muss Han wahren" bildet und der etwa lautet:

> An einer dem Besitzer wider seinen Willen ab handen gekommenen Mobilie kann Niemand ei dem Bestohlenen etc. gegenüber wirksam Recht erwerben.

Dieser Rechtssatz bildet den Obersatz, die Norm für d Beurtheilung der Klage um fahrende Habe und er erstre seine Wirkungen in Beziehung auf die Substanzirung der Kla die Zulässigkeit der Einreden und den Inhalt des Bewe Urtheils. Ehe wir dies an den Aussprüchen der Quellen i Einzelnen darlegen, wollen wir der besseren Uebersicht u des leichteren Verständnisses wegen zunächst die Sätze z sammenstellen, welche sich a priori aus dem gefundenen Sa ableiten lassen. Ihre Bestätigung durch die Quellen im Ei zelnen wird dann die Richtigkeit des Prinzips erhärten.

1) Hinsichtlich der Klagesubstanzirung folgt daraus dass es unerheblich ist, von welcher juristischen Natur da Recht des Klägers auf den Besitz ist. Ob er als Eigen thümer oder Pfandgläubiger, oder ob er als Depositar oder Commodatar die Sache inne zu haben befugt ist, macht keinen Unterschied; ja selbst das Recht des Finders, die Sache zu behalten bis sich der Verlierer meldet, ist genügend, um die gefundene Sache, wenn sie dem Finder wider seinen Willen

abhanden kommt, zurück zu fordern. Aber nicht der frühere Besitz ist es, welcher das Fundament der Klage bildet, sondern der unfreiwillige Verlust; der frühere Besitz ist nur eine thatsächliche Voraussetzung dafür, dass die Sache dem Kläger wider Willen abhanden gekommen ist.

2) In Betreff der Einreden des Verklagten ergiebt sich, dass sich der Verklagte mit der Einrede des redlichen Erwerbes nicht schützen kann, wenn die Art und Weise dieses Erwerbes nicht die Möglichkeit ausschliesst, dass die Sache dem Kläger wider Willen abhanden gekommen sei. Die Behauptung des Verklagten, die Sache gekauft, als Geschenk erhalten, in dem Nachlass vorgefunden zu haben, ist irrelevant; denn wenn dem Kläger diese Sache gestohlen, geraubt oder sonst wider Willen abhanden gekommen ist, so kann ihm gegenüber der Verklagte — selbst die Richtigkeit seiner Behauptung vorausgesetzt — auf diese Titel kein Recht auf den Besitz der Sache stützen. Das dem Deutschen Recht angedichtete Prinzip, dass der relativ bessere Besitztitel den Ausschlag gebe, versagt bei der Klage um abhanden gekommene Mobilien vollständig. Denn selbst wenn der Besitzer sich Eigenthum an der streitigen Sache zuschreibt und sich auf ein auf Eigenthumserwerb gerichtetes Geschäft z. B. Kauf stützt, so dringt doch der Kläger, dem die Sache gestohlen worden ist, durch, auch wenn er nur als Commodatar oder Pfandgläubiger dieselbe besessen hat.

3) Darnach bestimmt sich die Vertheilung des Beweisrechts. Das Prinzip dafür ist nicht mit der gewöhnlichen Theorie in der Marotte des Deutschen Rechts zu sehen, dass, so wie im Gebiete des Obligationenrechts der Verklagte, so im Gebiete des Sachenrechts der Kläger zum Beweise gelange und zwar im Mobiliar-Sachenrecht mit zwei Zeugen[1];

---

1) So namentlich Hänel Beweiss. S. 143 ff.

sondern es gilt auch hier der rationelle Grundsatz, dass diejenige Behauptung zum Beweise gestellt wird, von welcher gemäss den materiellen Rechtssätzen und den concreten Anführungen der Parteien die Entscheidung des Prozesses abhängt. Da nun die Behauptung eines redlichen Erwerbes Seitens des Verklagten, wie eben ausgeführt wurde, der Regel nach unerheblich ist, so erhält der Verklagte für dieselbe nicht das Beweisrecht; sondern der Kläger kömmt zum Beweisrecht, weil bei dem Mangel einer wirksamen (relevanten) Vertheidigung des Verklagteu von dem Beweise der klägerischen Behauptung allein die Entscheidung des Prozesses abhängig ist. Stellt dagegen der Verklagte eine wirklich relevante Widerrede auf, so kömmt er auch zum Beweise derselben.

§. 16. Die Substanzirung der Klage.

Der vom Kläger zu erbringende Beweis betrifft zwei Punkte; dass die Sache sein sei, und dass sie ihm wider Willen abhanden gekommen sei[1]).

Die Magdeburgischen Rechtsquellen haben die Formel: *daz iz do syn were und noch syn sye, do is im abegestolin adir abegeroubit wart*[2]).

Die Freiberger Statuten (S. 189. 190.) *daz dazselbe pfert sin were, e iz im abegeroubet wurde mit anderme sime gute und noch sin si mit mererme rechte denne anders iemandes*[3]).

Die Niedersächsischen Stadtrechte verlangen die Substanzirung: *dat it eme stolen si und dat he er nerghen naqueme, dar het sege, sunt dem male dat it eme wart ver-*

---

1) Bruns Recht des Besitzes S. 313 fg.

2) Bresl.-Magd. v. 1295 §. 6. 7. Magd.-Görl. Art. 47. Weichbild 133. Böhme VI. S. 107. al 3. System. Sch.-R. III. 2. c. 96. 99. Distinct. IV. 42. d. 5. Vgl. Glog. Rechtsb. 423. Kulm III. 129 a. E.

3) Aehnlich das Bamberger Recht Art. 110.

stolen unde dat hes hebbe vullen tuch, dat it in sime stalle were levendich unde dot unde dat it darinne gevodet were[4]).

Auch die Goslarer Statuten verlangen dieses doppelte Fundament; denn wenn sie auch S. 98. Z. 19 ff. den Eid des Klägers nur dahin normiren: „*do he dat gut nilkest seghe, dat it do sin were unde noch sin si*“, so stellen sie doch an die Spitze des Abschnittes *van anevanghe* den Satz: *men ne mach nicht anevanghen denne vordüvet gut oder gherovet*[5]).

Allein in einer Reihe von Stellen wird nur ein Beweis über den unfreiwilligen Verlust verlangt.

Dahin kann man vielleicht den Sachsensp. selbst zählen; denn II. 36. § 4. spricht dem Kläger die Sache zu:

of he sik dar to tüüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si.

Ebenso giebt der Richtsteig 16. § 2. für den Kläger folgende Urtheils-Frage an:

na deme dat eme de have verstolen si, dat he bewisen wil, ofte he icht mit beterme rechte sin vorstolen gut wedder tu crigen si, wen it eme jene vor tu behaldende si.

Allein diese Stellen erwähnen zwar die Erbringung eines Beweises darüber, dass die Sache *sin si*, nicht besonders, lassen aber doch die Annahme zu, dass der Eid des Klägers und der Zeugen mit darauf gerichtet war. Bestimmter sind folgende Stellen:

---

4) Lüb. Recht Cod. II. Art. 82.—Vgl. Hamb. Stat. v. 1270 XII. 5. (v. 1292 P. 5. — v. 1497 O. 14.) Stader Stat. XI. 5. (Pufend. I. App. p. 225.) Lüneburger Stat. 48. (Kraut S. 57) „*dat dat perd sin were, do he dat lest seghe und noch sin sy.*“

5) Vgl. das Erk. bei Bruns Beyträge S. 226. Nro. 2. — Eine Parallele aus dem süddeutschen Quellenkreise bietet das Stadtrecht von Colmar Art. 23. Gaupp Stadtr. I. S. 118). *Vindet jemand bi dem andern dekein sin gut, das ime verstoln oder genomen röpliche ist oder diepliche, das en sol er niht angrifen niwan mit gerichte und sol vor gerihte behaben mit dem eide, das es sin si.*

Prager Jura Theutonic. § 23. *Si furtivus equus apud Theutonicum fuerit recognitus, ille, qui equum cognoscit, prius jurabit, rem amisisse furtive. Postea Theutonicus etc.*

Statuten von Dortmund (in Dreyer's Nebenstunden S. 427.) *qui dicit sibi illud ablatum per furtum vel rapinam, et illud per juris formam se offert probaturum.*

Die Distinct. IV. 9. d. 4. geben dem Satz des Sachsensp die Fassung: *tar er sich selbdritte czu den h. darczu cziher volkumner lute mit iren rechten, dy da bewisen, daz ez ym duplich oder rouplich abkumen sy.*

Bremer Ordel. c. 74. (Oelrichs S. 108) . . . *unde dh andere* (d. i. der Kläger) *scal sweren allene, dhat it em afgherovet ofte afghestolen si.* Ebenso Verdener Statuten 145. (Pufendorff. I. App. p. 124).

Sehr häufig erwähnen ferner die Quellen bei der Erhebung der Anefangsklage nur die Thatsache des diebliche Verlustes; vgl. z. B. Magdeb. Frag. I. 13. d. 1. Magd. Sch.-U Nro. 9 bei Walch Beyträge VIII. S. 275. Kulm III. 12 129. a. Anf.; u. a. [6]).

Kann man bei der mangelhaften Fassung mittelalterlich Rechtsaufzeichnungen daraus auch nicht schliessen, dass d andere Fundament der Klage hier ganz weggefallen sei, so es doch ein Fingerzeig dafür, dass der Schwerpunkt der Kla in der Behauptung des unfreiwilligen Besitzverlustes, nicht der Geltendmachung eines bestimmten dinglichen Rechts der Sache liege.

Diese Annahme wird aber durch zwei Gründe mit Nothwendigkeit geboten.

6) Auch von den süddeutschen Quellen erwähnen einige neben dem unfreiwilligen Verlust noch, dass das Gut *sin aigen guot si;* so die Stadtrechte von Augsburg und München (Bruns S. 314), von Colmar Art. 23. Dattenried 23. Andere dagegen erwähnen nur die diebliche oder raubliche Entwendung, so das von Freiburg Art. 28; Bern Art 38 Burgdorf Art. 186; Murten Art. 31.

1) Die Behauptung des Klägers, dass das *gut sin si* kann nicht in allen Fällen den Sinn haben, dass er Eigenthümer des Gutes sei. Die Klage kann nicht zugleich und gleichmässig auf das Eigenthum und auf den unfreiwilligen Besitzverlust basirt sein. Denn sonst wäre die Verfolgung der gestohlenen Sache überall ganz ausgeschlossen, wenn die Sache nicht dem Eigenthümer selbst entwendet worden ist, weil alsdann diese beiden Voraussetzungen der Klage nicht zusammentreffen. Wird z. B. dem Commodatar eine Sache gestohlen, so hätte der Eigenthümer keine Klage gegen den dritten Besitzer, weil ihm die Sache nicht gestohlen wurde, und der Commodatar nicht, weil sie nicht „*sin*“ ist. Einer von beiden hat nun aber die Klage und zwar bekanntlich nicht der Eigenthümer, sondern der bestohlene Nichteigenthümer[7]). In allen Fällen tritt demnach als das gleichmässige und unentbehrliche Fundament der Klage die Behauptung des unfreiwilligen Besitzverlustes entgegen; das andere Moment dagegen, dass die Sache „*sin si*“ bedeutet, wenn man es überhaupt von einem Besitzrecht versteht, nicht überall dasselbe rechtliche Verhältniss, sondern bald Eigenthum bald irgend ein anderes — abgeleitetes — Besitzrecht. Daraus ergiebt sich aber, dass die Klage keine Geltendmachung des Eigenthumsrechtes ist, sondern dass der unfreiwillige Besitzverlust als das essentielle und eigentliche Fundament der Klage angesehen werden muss.

2) Während jede Behauptung des Verklagten, welche die Möglichkeit ausschliesst, dass die geforderte Sache dem Kläger wider Willen abhanden gekommen sei, eine relevante Einrede ist (siehe den folgenden Paragr.), wird nirgends auch nur entfernt darauf hingewiesen, dass der Verklagte sich damit

7) Die älteste Stelle, welche diesen Rechtssatz mit Bestimmtheit ausspricht, ist meines Wissens Edictum Liutprandi 131. Vgl. auch Lex Baiuv. (Merkel) XV. 4.

vertheidigen könne, dass die dem Kläger gestohlene Sach dem Kläger nicht gehört habe. Wäre wirklich das Eigenthu oder ein anderes Besitzrecht ein wesentliches Fundament de Klage, so müsste der Verklagte die Abweisung der Klage d mit erzwingen können, dass er den rechtmässigen Erwer dieses Rechts Seitens des Klägers widerlegt oder dass er eine Dritten als den wahren Eigenthümer nachweist. Allein von de Zulässigkeit einer solchen Vertheidigung weisen die Quelle keine Spur auf. Das Eigenthum oder anderweitige Besitzrec des Klägers wird demnach nicht Gegenstand contradictorisch Verhandlung und richterlicher Feststellung.

Demgemäss können wir die Ansicht von **Bruns** Rec des Bes. S. 315, dass das Recht des Eigenthums oder ein b stimmtes vom Eigenthümer abgeleitetes Detentionsrecht d eigentliche Grundlage der Klage bilde, nicht theilen.

Andererseits können aber die häufig wiederkehrend Worte: *daz das gut sin si* nicht bedeutungslos sein; zum das **Hamb.** R. dafür *dat dat gud syn sy* einen Zeugenbewe dagegen dafür *dat it eme afgerovet sy* nur den alleinig Eid des Klägers verlangt und einige Quellen die Behauptu *dat dat gud sin si* auflösen in die Angabe der Erwerbsart d Sache [8]).

Die wahre Bedeutung dieser Formel liegt nicht in der B hauptung eines Besitzrechts, sondern in der **Feststellu der Identität** der geanefangten Sache mit der dem Kläg abhanden gekommenen.

Da **Bruns** seine Theorie vorzüglich auf die Aufzeichnung des alten Volksrechts stützt, so sei der Hinweis gestattet, da auch im alten Recht dieser Gesichtspunkt wiederholt und n

8) Vgl. ausser der oben citirten Stelle des **Lüb. Rechts** II. Art. und den von **Bruns** S. 314. angeführten Stellen des **Weichbildrech** Art. 88. 91., noch **Blume des Magdeb. R.** I. 83. (Homeyer Richtste S. 346.) und **Brünner Schöffenb.** c. 99.

Deutlichkeit hervorgehoben wird. Insbesondere bestimmt die Lex Rib. 72, 9. Vestimenta autem seu his similia absque probabili signo (d. h. ohne erweisliches Eigenthumszeichen) intertiare prohibemus. Mehrfach wird für die Vindication der Ausdruck gebraucht, dass der Vindicant die Sache als die seinige recognoscirt; z. B. Lex Salica 47. si quis (res suas) agnoverit; L. Rib. 33, 1. si quis rem suam cognoverit; L. Burg. 83, 1. Quicunque res aut mancipium aut quodlibet suum agnoscit . . .[9])

Dieselbe Ausdrucksweise kehrt in Stellen der späteren Zeit gerade dann wieder, wenn die Formel, dass die vom Kläger geforderte Sache „*sin sy*" fehlt. So in dem oben citirten § 23. der Prager Jura Theutonic. Vgl. ferner das Privileg. für Flensburg v. 1284[10]):

„*si aliquis equum suum vel alias res quascunque furtive ablatas in possessione civis sub bono testimonio agnoverit . . .*"

Stadtrecht v. Schleswig c. 18. *Si quis rem sibi furtive ablatam recognoverit, sub fidejussione ponat usque ad placitum; postea duobus testibus productis juret manu duodecima, rem illam sibi furtive fuisse ablatam et ibi eam primitus cognovisse*[11]).

Ganz deutlich wird im Brünner Schöffenb. c. 104. der Sinn jener Formel als Feststellung der Identität erläutert, indem von einem Gewähren, auf den sich der Verklagte berufen hatte, gesagt wird:

negavit, equum esse suum; postea vero astans pro tribunali dixit, per abrasuram seu tonsuram equum in tantum immutatum esse, quod eum prima vice non cognoverit,

---

9) Vergl. ferner Lex Burgund. 19, 2. 83, 2. Lex Romana Burgund. 34, 1. — Sohm Proc. der L. Sal. S. 57 ff.

10) Schleswig-Holst. Urk. Samml. Bd. I. Nro. 109. S. 120.

11) Michelsen. Die Hausmarke. S. 31.

8

sed modo ex certis signis plenius instructus confiteatur eum suum esse[12]*).*

Auch nach heutigem Sprachgebrauch recognoscirt der Bestohlene, der Verlierer, die dem Diebe abgenommenen oder gefundenen Sachen als die „seinigen“, ohne dass dabei nothwendig ein wirkliches Eigenthum gemeint ist und ohne dass eine juristische Prüfung des rechtmässigen Eigenthums-Erwerbes stattfindet.

Der vom Kläger zu erbringende Beweis ist also insofern ein doppelter, als er erstens erhärtet, dass gerade der das Streitobject bildende Gegenstand, dieses selbe Pferd, Vieh, Gewand, in seinem Besitz gewesen ist, und zweitens, dass es ihm wider Willen abhanden gekommen ist[13]).

Bestätigt wird dies dadurch, dass eine Einrede, welche die Identität der vom Kläger angesprochenen Sache mit der ihm abhanden gekommenen widerlegt, zulässig und relevant ist, während, wie oben bemerkt wurde, eine Einrede, welche gegen den rechtmässigen Eigenthumserwerb des Klägers an der ihm abhanden gekommenen Sache gerichtet gewesen wäre, nirgends erwähnt wird.

Systemat. Schöffenrecht III. 2. c. 100. *Lozin zwene man gesmyde machin, welchir leye daz ist, in eyme stempil adir forme glich eynis als daz andir, vorleust denne eyner ir daz syne und anspricht dem andirn daz syne, zo ys yener ir*

---

12) So ist wol auch Blume d. Magd. R. I. 83. zu verstehen. *Nach dem mol daz ich daz meine by im befondin habe, das ich wol beweisin weil mit dem, kegin dem iz gekauft hab.*

13) Damit erledigt sich die Bemerkung von Bruns S. 313: „Es wäre ja fast widersinnig, einen besonderen Beweis der Detention zur Zeit des Diebstahls, der ja ohne diese gar nicht sein kann, zu verlangen“. Die beiden Beweise haben ganz verschiedene Richtungen; die Behauptung des Klägers: dass ihm dieses Pferd gestohlen sei, wird zerlegt in die zwei Behauptungen: „dass ihm dieses Pferd gestohlen sei“ und „dass ihm dieses Pferd gestohlen sei.“

der is in synis gewere hot, des gesmydes nehir czu behaldin, daz her is habe lozin machin und daz is syn sye, wenne yenir der is anspricht; und her sal is behaldin auf d. h. mit synis eynis hant[14]).

Durch diese, auf die Feststellung der Identität gerichtete Bedeutung der Formel ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Eid des Klägers nicht oft zugleich eine Art von Gefährde-Eid war, der die Erhebung der Klage Seitens eines Unberechtigten erschwerte. Dieser Eid bringt allerdings in die Activlegitimation des Klägers neben dem Moment des unfreiwilligen Besitzverlustes noch das andere Moment, dass wenigstens er selbst sich ein Recht auf den Besitz zuschreibe. Nur ist dieses Recht nicht das eigentliche Fundament der Klage und nicht massgebend für die Entscheidung des Prozesses.

Hinsichtlich des vom Kläger zu erbringenden Beweises gehen die sächsischen Rechtsquellen noch in drei Punkten auseinander.

1) Nach dem Rechte des Sachsenspiegels II. 36. § 4. 7. muss der Beweis selbdritt erbracht werden. Damit stimmt eine Reihe anderer Rechtsquellen überein[15]). Die beiden Mitschwörenden sind wahre Zeugen, also Wissenszeugen; sie brauchen selbstverständlich nicht bei Verübung des Diebstahls oder Raubanfalls zugegen gewesen sein oder das Wegschwemmen, Verlieren u. s. w. mit angesehen haben, aber sie müssen sowohl den Besitz der geanefangten Sache als auch deren unfreiwilligen Verlust wissen und die Identität constatiren.

---

14) Dieselbe Stelle findet sich bei Böhme VI. S. 101 al. 2. Kulm III. 134. Glog. Rechtsb. 331.

15) Der Richtst, das Rechtsb. nach Distinct., das Weichbildr. an den angeff. Orten. Das Brünner Schöffenb. c. 99. 100. Goslar. Stat. S. 98. Z. 19. Das oben citirte Privil. v. 1284 für Flensburg. Iglauer Stadtr. Art. 66. (Tomaschek Deutsch. R. in Oesterr. S. 257.) Stadtr. von Deutschbrod Art. 49. (Gengler Cod. jur. municip. I. p. 746) u. a.

Sachsensp. a. a. O. *die dat weten, dat ime düflü oder roflike geloset si*[16]).

In anscheinendem Widerspruch damit schreiben zwar übe einstimmend die Gosl. Stat. S. 98. Z. 21, die Distinct. IV. 4 d. 3. und die Freiberger Statuten S. 190. (welche, falls d Anefangskläger ein Fremder ist, den Beweiss selbsiebent ve langen), die Eidesformel vor, dass der Eid „rein und unmei sei[17]). Es ist indess hier zu wiederholen, was oben bei der Gel schuldklage ausgeführt worden ist[18]), dass aus dieser Schwu formel nicht geschlossen werden kann, die Mitschwörend seien keine Zeugen sondern Eideshelfer gewesen, und ihr E habe nur ihre Ueberzeugung von der Glaubwürdigkeit d Klägers betroffen.

Im Gegensatz dazu verlangt die Mehrzahl der sächsische Stadtrechte nur den alleinigen Eid des Klägers.

So namentlich das Magdeburger Recht[19]); ferner da Prager Recht[20]); sodann die Freiberger Statuten[21]), wen der Kläger Bürger ist. Damit harmoniren wahrscheinlich di Braunschweiger Statuten, denn das Stadtrecht Art. 96[2 verlangt nur für den Fall, dass ein Gast die Klage erheb er *scal alsodane kunscap darto hebben, dat men ome ghelove moghe dat he rechte do.* Desgleichen begnügen sich di

---

16) Das Brünner Schöffenb. c. 99. verlangt eine eingehende I quisition der Zeugen „*unde sint, utrum vicim arrestantis sint et qualit eis constet, quod equus arrestatus per ipsum habitus fuerit; utrum sibi genitus, ipsum emerit, vel ipsum latrocinio obtinuerit sive furto.*"

17) Vgl. auch Ofner Stadtrecht 341. (Michnay u. Lichner S. 18

18) Siehe Seite 39.

19) Bresl.-Magd. R. v. 1295 § 6. 7. Magd.-Görl. Art. 47. Böhme V S. 107 al. 3.; S. 124 al. 2. System. Schöffenr. III. 2. c. 96. 9 Kulm III. 129. 130. 133. Glog. Rechtsb. 423.

20) Jura Theutonic. 23. — Vgl. auch Bamberger Recht. 110.

21) Schott. III. S. 189.

22) Urkundenb. der Stadt Braunschw. S. 96.

meisten niedersächsischen Stadtrechte[23]) mit dem alleinigen Eide.

Den Uebergang von jenem Rechte des Sachsenspiegels zu dieser Erleichterung des Beweises in der Mehrzahl der Stadtrechte bildet die bereits erwähnte Bestimmung des Hamburger Rechts v. 1270. XII. 5[24]), dass der Kläger den früheren Besitz der Sache resp. die Identität derselben mit Zeugen, den unfreiwilligen (dieblichen) Verlust derselben mit seinem alleinigen Eide darthun soll.

2) Der Regel nach muss der Kläger den ihm obliegenden Beweis erbringen, auch wenn der Verklagte gar keinen erheblichen Einwand ihm entgegenstellt, insbesondere wenn der Verklagte einräumt, dass er die Sache gefunden hat, oder dass sie ihm im Wasser zugeflossen ist, oder wenn er behauptet, sie auf dem Markte von einem Unbekannten gekauft zu haben, oder wenn ihm Bruch an dem Gewähren wird, oder wenn er sich auf einen Gewähren beruft, den der Kläger sich nicht gefallen zu lassen braucht[25]), oder wenn ihm der Einredebeweis missglückt[26]). Der Grund dafür, dass der Kläger in diesen Fällen beweispflichtig ist, liegt darin, dass in der Weigerung des Verklagten, die geforderte Sache herauszugeben, auch wenn derselbe keine relevante Einrede gegenüberstellt, ein Bestreiten der klägerischen Behauptung, den Besitz der litigiösen Sache wider Willen verloren zu haben, enthalten ist.

Ausnahmsweise wird jedoch dem Kläger die verlangte Sache zugesprochen, ohne dass ein Beweis von ihm erfordert

23) Bremer Statut v. 1303 Ord. 61. 74. (Oelrichs S. 101. 108.) Stat. von Verden 145. 149. (Pufend. I. App. 124. 125.) Lübisches Recht Cod. II. Art. 157. (Vgl. auch Cod. II. Art. 233. bei Brokes App. p. 65. Hach S. 542. Anm. 9. zu III. 397.) Lüneburg. Stadtr. 48. (Kraut S. 57.)

24) Damit stimmen überein die Statut. v. Stade XI. 5. (Pufend. I. App. p. 225). Lüb. R. (Hach) Cod. II. 82. III. 397.

25) z. B. einen Juden; vgl. System. Schöffenr. II. 2. c. 69.

26) Vgl. den Dony n'schen Rechtsspr. bei Wasserschleben I. S. 400.

wird. So im Brünner Schöffenbuch c. 98, wenn der Verklagte den von ihm genannten Gewähren nicht stellt, „arrestans sine juratis (nach anderen Handschr. sine juramentis) et testibus equum obtinet ipso jure". Die Freiberger Stat. S. 189. knüpfen an das Ausbleiben in dem Termin zur mündlichen Verhandlung der Streitsache das Präjudiz „*welchir dar kumit der gewinnet, der da nicht inkumit, der verlusit*", und sie erwähnen den Eid des Klägers nur in dem Falle, dass der Verklagte erscheint. S. 190 verfügen sie für den Fall, dass der Verklagte den Gewähren nicht gestellen kann, *iz get im an den hals und das pfert ist verlorn.*

3) Damit im Zusammenhange mag es stehen, dass nach den Freiberger Stat. S. 190 und dem Brünner Schöffenb c. 100. 101. jede Einrede des Verklagten, namentlich auch die Berufung auf den Gewähren erfolgen muss, ehe dem Kläger der Eid zugesprochen wird, während die Aufzeichnungen des Magdeb. Rechts zunächst den Eid des Klägers fordern und „*darnach*" noch den Zug an den Gewähren dem Verklagten freistellen[27]).

§ 17. Die Vertheidigung des Beklagten.

Wenn die Klage mit Anefang angestellt worden ist, so kann die Vertheidigung des Verklagten theils gegen den Anspruch auf Herausgabe der Sache, theils nur gegen die mit der Anefangsklage stillschweigend verbundene Beschuldigung unrechtfertigen Besitzes oder Erwerbes gerichtet sein. Die Einreden der zweiten Art haben wir bereits oben (§ 13) behandelt; wir beschränken uns daher hier auf die Klage-Einlassung in Betreff der Hauptsache.

Der Sachsenspiegel II. 36. erwähnt nur zwei Einreden die Behauptung eigener Production und die Berufung auf einen

27) System. Schöffenr. III 2. c. 96. (Kulm III. 130); ebendaselbs c. 99. und die dort citirten Parallelstellen.

Gewähren. Man fasst diese Einreden allgemein in dem Sinne auf, dass der Verklagte dem klägerischen Anspruch sein Eigenthumsrecht gegenüberstellt, welches er entweder auf einen originairen oder derivativen Erwerb stützen kann. Wäre die Anefangsklage der römischen Vindication analog, d. h. die Geltendmachung eines vom Kläger darzulegenden Eigenthums oder anderweitigen Besitzrechtes, so wäre es damit wol in Uebereinstimmung, wenn auch die Vertheidigung des Verklagten darauf gestützt werden müsste, das er selbst Eigenthum oder ein gültiges Besitzrecht habe [1]). Ist dagegen die dargelegte Natur der Klage, wonach ihr eigentliches Fundament der unfreiwillige Besitzverlust ist, richtig, so würde es eine arge Incongruenz sein, die Einreden auf eine ganz andere Basis zu stellen, die sich mit dem Klagefundament keineswegs deckt. Die gegen die Klagen als zulässig erwähnten Einreden erweisen sich auch in der That als motivirte Verneinungen des Klagefundaments, d. h. sie bestehen in positiven Behauptungen, durch welche das Vorgeben des Klägers, die verlangte Sache sei ihm wider Willen abhanden gekommen, widerlegt, als unmöglich der Wahrheit entsprechend, dargethan wird.

Aus den Quellen lassen sich folgende Einreden nachweisen:

1) Da die Klage nur im Falle eines unfreiwilligen Besitzverlustes in rem scripta ist, so ist der Verklagte von jeder ferneren Einlassung auf die Klage frei, wenn sich feststellen lässt, dass der Kläger die Sache freiwillig einem Dritten gegeben hat. Der Verklagte bestreitet aus Rechtsgründen in diesem Falle seine Passivlegitimation [2]), ohne dass es darauf ankömmt, wie er den Besitz der Sache erworben hat;

---

1) Sohm Proc. der L. Sal. S. 98 ff. stellt demgemäss die Einrede gegen die Anefangsklage grade auch für das spätere Recht als „Contravindication" dar.

2) Es ist dies die prozessualische Geltendmachung der Regel „Hand muss Hand wahren". Planck Zeitschr. f. D. R. X. S. 265. 266. Baumeister Privatr. v. Hamb. I. S 242. § 34.

er ist nach dem Ausdrucke der Quellen „nicht pflichtig zu antworten [3])“.

2) Der Verklagte wendet ein, die Sache vom Kläger selbst gekauft oder zum Geschenk erhalten zu haben. Der Verklagte kömmt zum Erweise dieser Einrede mit zwei Zeugen, die sie aus eigener Wahrnehmung bestätigen können. Sachsenspiegel III. 4. § 1. Glog. Rechtsb. c. 425 [4]).

3) Von grösserer praktischer Bedeutung ist der Einwand, dass der Verklagte die geforderte Sache selbst producirt habe. Ist diese Behauptung des Verklagten richtig, so ist das Klagefundament, dass die geforderte Sache erst in Folge ihres unfreiwilligen Verlustes Seitens des Klägers in den Besitz des Verklagten gelangt ist, widerlegt. Der Kläger muss sich mindestens in einem Irrthum über die Identität des Anefangs-Objects mit dem ihm abhanden gekommenen befinden. Allein dieser Einwand ist nur dann völlig stichhaltig, wenn der Verklagte das beanspruchte Thier nicht nur in seinem Stalle aufgezogen, sondern auch unveräussert behalten hat. Denn es

---

3) Ausser Sachsensp. II. 60. § 1. und den oft citirten Parallelstellen dazu sind namentlich folgende Stellen hervorzuheben: Revaler Cod. des Lüb. Rechts bei Hach S. 347: *Lenet einer dem anderen wat und de deme et gelenet vorkofft edder versettet et sonsten, de dat hebben, de dören dar nicht to antworten, men he mot de jennen anspreken, deme he it gelenet.* Fast wörtlich übereinstimmend ist Lüb. Recht bei Brockes Cod. II. c. 297. (App. p. 72.) und Kolle's Rechtsb. 80. bei Hach S. 529. Ferner System. Schöffenr. V. 7 . . . *zo darf der man deme di habe vorsaczt ist dem erstin ansprecher nicht antwortin umme dieselbe habe sunder her mus den ansprechin, dem her di habe czu dem erstin czu haldin gegebin, gelegin adir czu machin gegeben hatte.* Brünner Schöffenb. 96. *Sententiatum est, quod equi, vestes et quaecunque res mobiles alicui concessae vel obligatae et per illum ulterius delusae venditae vel alio modo quocunque alienatae non apud illum, in cujus potestate inveniuntur, sunt arrestandae, sed ab illo sunt justicialiter repetendae, cui primo fuerint concessae vel obligatae.*

4) Ueber den Einwand, die Sache vom Kläger geliehen erhalten zu haben vgl oben S 95. Die Entscheidung über die Rückgabe der Sache erfolgt nach den im folgenden Abschnitt zu erörternden Regeln.

ist wol denkbar, dass der Züchter des Thieres dasselbe verkauft oder sonst aus Händen gegeben hat, und dieses Thier nachher einem anderen Besitzer gestohlen wurde oder entlaufen ist und wieder zu dem ursprünglichen Herrn zurückgekehrt ist. Demgemäss geben die Quellen auch regelmässig diesem Einwande eine solche Fassung, welche den ununterbrochenen Besitz der Sache seit ihrer Entstehung andeutet.

Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 96 (Kulm III. 130.) *her sal sweren, das her das pfert von yogunt uf habe getzogen und das is noch syn sy; und syner nakebure tzwene sullen sweren, das yn das wissentlich sy, das her das pfert von yogunt uf getzogen habe und das is syn sy.*

Denselben Sinn des ununterbrochenen Besitzes von der Geburt des Thieres an hat auch die in vielen Rechtsquellen wiederkehrende, sonderbare Formel, dass er das Vieh „*tod und lebendige uff seyme myste hat geczogen*[5])“. Böhme Beytr. VI. S. 99. Kulm III, 129. Glog. Rechtsb. 424. — Lüb. Recht Cod. II. Art. 82. Bremer Ord. 61. (Oelrichs S. 101.) Verdener Stat. 149 (Pufend. p. 125.)

Wird eine von Menschenhänden gefertigte Sache verlangt, so tritt an die Stelle der Behauptung eigener Zucht die Behauptung, dass der Verklagte die Sache selbst angefertigt habe oder sie durch Andere habe machen lassen. Dieser Einwand kann indess durch die Replik entkräftet werden, dass dem Kläger das Material, aus welchem sie gefertigt worden ist, gestohlen worden sei. Richtst. 17. § 3. Der Kläger specialisirt seine der Klage zu Grunde liegende Behauptung näher dahin, dass nicht das Gewand so wie es gegenwärtig ist, sondern die Wolle, aus der es gewebt ist, ihm abhanden ge-

5) Vgl. Bruns S. 314 Anm. 1. In ähnlicher Weise heisst es in dem Weisthum von Deutz bei Grimm Weisth. III. S. 4, dass 5 Dörfer zu Deutz gehören „*doit und levendich*“, und ebendas. S. 6. „*die vunf dorpere, die umb Duitz gelegen sint ... u. alle die luide, die dairinne gesessen sint, gehuirent levendich und doit zo Duitz*“.

kommen sei. Es ist also auch hier nicht die Specification und das darauf gegründete Eigenthumsrecht der eigentliche Inhalt der Einrede, sondern die Widerlegung der klägerischen Behauptung, dass er dieselbe Sache, welche er geanefangt hat, wider Willen aus seinem Besitze verloren habe.

4) Dass dies der Grundgedanke der Einrede eigener Zucht resp. der Selbstproduction ist, wird dadurch unzweifelhaft, dass die Quellen statt derselben auch die Behauptung des Verklagten zulassen, die geanefangte Sache schon vor dem Zeitpunkte besessen zu haben, in dem sie dem Kläger seiner eigenen Angabe nach abhanden gekommen sein soll. Diese Einrede wird in mehreren von einander unabhängigen Quellen als erheblich angeführt.

Gerichtsleufft zu Eisenach. 24. und Purgoldt's Rechtsb. VII, 56. *Vorlust eyner seyner habe etzwas und thud darnach eynen anfang mit des richters hulffe und benenet den tag der vorlust, magk dann jener bewisen, das her das gut, vyhe ader anders was for dem tage habe gehat, her genust sein bilche und blibt das ane wandel.*

Brünner Schöffenbuch c. 100. ... *Si arrestans ad arrestati seu judicis interrogationem de rata tanti vel tanti temporis coram judicio confessus fuerit, puta si dixerit, quod infra tres annos equum perdiderit et arrestatus obliget se ad probandum, quod ante quatuordecim annos equum emerit et interim in sua potestate tenuerit; talis probatio est probationi arrestantis rationabiliter praeferenda.*

Das Bamberger Recht § 113. lässt, nachdem der Kläger die Zeit des Verlustes angegeben hat, den Einwand des Verklagten zu „*ez sey ein halbs jar oder ein jar oder lenger oder kurtzer vor sein gewesen*“; das Recht von Wiener-Neustadt c. 41. (v. Würth S. 73): *si ille probaverit, hoc se diutius habuisse.* Vgl. auch Ofner Stadtr. c. 340 (Michnay u. Lichner S. 182.) und Wiener Stadtrecht bei Rauch Scriptor. rer. Austriac. III. p. 170.

Dass dieser Einrede nicht die Behauptung zu Grunde liegt, der Verklagte sei Eigenthümer oder ein dinglich berechtigter Besitzer der Sache, ist klar, denn weder braucht ein bestimmtes Recht von ihm namhaft gemacht noch der Erwerb desselben dargethan zu werden. Er beruft sich vielmehr lediglich auf die Thatsache des Besitzes.

Aber man darf sich dadurch nicht zu der Ansicht verleiten lassen, dass der ältere Besitz entscheidend sei. So wie die Anefangsklage nicht auf den älteren Besitz, sondern auf den unfreiwilligen Verlust der Sache basirt ist, so überbietet auch der Verklagte durch diese Einrede nicht den älteren Besitz des Klägers durch noch älteren Besitz, sondern er widerlegt nur die Möglichkeit, dass die Sache erst in Folge ihres angeblichen Verlustes Seitens des Klägers in seinen Besitz gelangt sei. Dies bestätigt das Brünner Schöffenbuch a. a. O. dadurch, dass der Verklagte nicht nur den früheren Erwerb, sondern auch den unausgesetzten Besitz beweisen muss[6]), vorzüglich aber dadurch, dass es der in Rede stehenden Einrede eine andere an die Seite stellt, in der die Behauptung des Klägers, das verlangte Pferd verloren zu haben, grade dadurch widerlegt wird, dass der Kläger einen zu frühen Zeitpunkt für den Verlust angiebt.

> *Et similiter si arrestans dixerit, se equum ante decem annos perdidisse et arrestatus per facti evidentiam, videlicet per dentes poledrales, qui vulgariter Fulczend dicuntur, probaverit, equum non tanto tempore vixisse, arrestans equum perdet*[7]).

---

6) *Verb. et interim in sua potestate tenuerit.* Der Grund ist derselbe, aus welchem das gleiche Requisit bei dem Einwande der eigenen Zucht erfordert wird. Im Cap 113, wo die Schöffen den Einwand des früheren Besitzes zurückweisen, fehlt der Beweis der ununterbrochenen Innehabung.

7) Das Brünner Recht liess ursprünglich eine Widerlegung der Behauptung, dass die Sache dem Kläger gestohlen worden sei, nicht durch

5) Der Verklagte beruft sich auf einen Gewähren. Die Einrede ist von den vorher besprochenen specifisch verschiede Während die letzteren als Widerlegung des Klagefundamei sich herausstellen und unmittelbar darauf gerichtet sii die Abweisung des Klägers zu bewirken, verfolgt die Bei fung auf den Gewähren lediglich den Zweck, den Verklag von der weiteren Fortsetzung des Prozesses zu befreien. D Kläger wird ein anderer Verklagter gegenübergestellt, geg den er sich zu wenden hat, über den Erfolg seiner Klage al wird zunächst Nichts entschieden.

Daraus ergiebt sich der tief eingreifende Untersch dieser Einrede von der Geltendmachung eines derivativen] genthums-Erwerbs, wie er der *rei vindicatio* des Röm. Recl entgegengestellt werden kann. Nach Römischem Recht blei der ursprünglich Verklagte bis zum Ende Hauptpartei im Pr zess; der Verklagte will sein Recht an der vindicirten Sac darthun und nur desshalb legt er den Erwerb dieses Rech von seinem Auctor und den Rechtserwerb des Auctors von dess Auctor u. s. w. dar, bis durch Selbstproduction oder Usucapi ein weiteres Zurückgehen unmöglich oder überflüssig wi Nach Deutschem Recht scheidet der Verklagte aus dem Pı zess aus, so wie der von ihm genannte Gewähre die Gewäh pflicht anerkennt; der Prozess schwebt jetzt zwischen diese und dem Kläger.

Aufstellung positiver Gegenbehauptungen, sondern nur in der Art zu, d der Verklagte den Kläger und seine Zeugen als meineidig überführte ı zwar so, dass er jeden zur Begründung der Klage angebotenen Eid 7 Eiden überbot, also mit 20 Zeugen beschwor: *quod primus et sui te false juraverint.* Diesen Beweis konnte der Kläger seinerseits wieder üt bieten, indem er jeden Eid übersiebnete, also mit 147 Schwörenden erhärte *quod praedictus viginti et unus falsum juramentum praestiterint.* Brünı Schöffens. c. 208. (Rössler S. 397.) Schöffenb. c. 101 — Sonder ist die Ausdrucksweise für die Zahl 147: „*funf schillingen der langen drei (quinque solidos longorum sine tribus*") d h. 5×30 Einer — 3.

Wirt he's gewert alse recht is, die gewere mut antwerden an siner stat vor it gut[8]). Man kann den Unterschied zwischen dem Römischen und Deutschen System nicht kürzer und treffender ausdrücken als es eine alte langobardische Prozessformel zum Edictum Rotharis 234 thut:

> *Langobardus semper dat auctorem et numquam stat loco auctoris; Romanus semper stat loco auctoris et numquam dat auctorem.*

Aus diesem Prinzip ergeben sich einige Consequenzen, die durch die Quellen belegt werden können und daher ihrerseits wieder die Richtigkeit unserer Auffassung bestätigen.

Es genügt nicht, dass der Verklagte den Beweis erbringt, von einem namhaft gemachten Auctor die Sache erworben zu haben, und dass er sich erbietet, dessen Eigenthum an der Sache darzuthun, sondern es ist erforderlich, dass der Gewähre vor Gericht selbst erscheint. Alle Stellen, welche diese Einrede überhaupt erwähnen, fordern ausdrücklich das Erscheinen des Gewähren im Gericht, widrigenfalls der Verklagte die Sache mit Busse und Gewedde verliert.

Aber es genügt auch nicht, dass der genannte Gewährsmann selbst vor Gericht den Verkauf der Sache an den Verklagten einräumt, sondern er muss ausdrücklich sich bereit erklären, in den Prozess einzutreten, widrigenfalls die Sache ebenfalls zu Gunsten des Klägers entschieden wird.

> Weichbild der Berliner Handschrift (von Daniels Berlin 1853) Art. 70 § 2 . . . *Kumt ok wol jene vore und secge, he ne lovede yme nenen werescap an deme gude, wente he selven kofte up deme markede openbar, man sal it doch jenem weldigen, diet anevanget hevet mit rechte.*

Uebernimmt dagegen der Gewähre die Vertretung der Sache, so ist damit der Verklagte dem Kläger gegenüber völlig

8) Sachsensp. II. 36. § 5.

los — Richtsteig 13. § 3. —; der Ausfall des Prozesses hat für ihn nur noch das Interesse, ob er die Sache selbst zurück- erhält oder eine Schadensersatzforderung gegen seinen Auctor erlangt.

Der Kläger muss jetzt die Klage gegen den Gewähren von Neuem erheben, als wäre er der erste Beklagte; er muss die Anefangs-Förmlichkeiten wiederholen und dem Richter d- dafür zu entrichtende kleine Geldsumme wiederum bezahlen

Der Gewähre konnte nun seinerseits, wie sich von selb versteht, in den Quellen aber auch vielfach ausdrücklich b stätigt wird, alle Einreden geltend machen, welche dem Ve klagten gegen die Anefangsklage[10]) zustehen, insbesondere si ebenfalls wieder an einen Gewähren ziehen. Der Kläger w dadurch genöthigt, so oft seine Klage zu wiederholen und d Prozess von Neuem anzustrengen, bis er einen Gegner fan der eine der oben erörterten, auf eine definitive Entscheidun abzielenden Einreden erhob.

So einfach demnach die Substanzirung der Klage au Rückgabe wider Willen abhanden gekommener Mobilien und so leicht ihre Verfolgung dem abstracten Rechte nach war, so schwierig war die Durchführung der Klage, wenn die Sache bereits durch viele Hände gegangen war. Daraus erklärt es sich, dass Modificationen des ursprünglichen Rechts entstanden, welche die Eigenthumsverfolgung wesentlich erleichterten. Es sind namentlich folgende zwei:

a) Nach dem Rechte des Sachsenspiegels und den verwandten Quellen und im ganzen Gebiete des Magdeburgischen Rechts muss der Kläger dem Gewähren folgen ausser über die See, also wenn derselbe in einem andern Gerichts-

---

9) Goslar Stat. S. 100. Z. 2. Freiberger Statuten S. 190. Mühlhäuser Rechtsb. S. 87. Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 96. a. f.

10) Wir bezeichnen mit diesem Ausdruck der Kürze wegen die Klage auf Rückgabe unfreiwillig weggekommener Mobilien.

bezirk wohnt, den Prozess an diesem Gerichte fortsetzen. Demgemäss muss auch die geanefangte Sache in das Gericht des Gewähren gebracht werden. Der Prozess geht an das Gericht des Auctors vollkommen über [11]).

Ausserhalb dieses Rechtsgebietes aber bleibt dasjenige Gericht, bei dem der Anefang zuerst geschehen ist, competent bis zur definitiven Entscheidung der Sache und der Verklagte muss seinen Gewähren an diesem Gerichte stellen [12]).

Die grosse Erschwerung des Einredebeweises durch diese Modification bedarf keiner Ausführung, zumal wenn man bedenkt, dass auch die Pflicht Gewährschaft zu leisten bisweilen noch beschränkt war [13]) oder vertragsmässig ausgeschlossen wurde.

Auch Collisionen zwischen beiden Systemen konnten vorkommen. Einen solchen Fall betrifft das Brünner Schöf-

---

11) Constitut. Ottonis Magni v. 967. c. 7. (Pertz Monum. IV. p. 33.) *Si .... ipse* (der Verklagte) *warentem dare se dixerit, statim juret, ut ad certum warentem eum* (den Kläger) *conducat.* Sachsensp. II. 36. § 5. Richsteig 13. § 2. Distinctionen IV. 42. d. 25. IV. 9. d. 4. Prager Rechtsb. 186. Bresl.-Magdeb. v. 1261. § 44., von 1295. § 7. Magd.-Görl. Art. 47. Breslau-Glogauer Weisth. v. 1302. § 2. (Tzschoppe und Stenzel S. 444.) von 1315. § 7. (ebend. S. 497.) Magd. Fragen. I. 13. d. 1. Weichbildr. 133. Syst. Schöffenr. III. 2. c. 96. 99. Kulm III. 127–133. Glogauer Rechtsb. 420. — Görlitzer Landr. 46. § 10b. Ferner Leobschützer Stadtr. v. 1270 § 49.

12) Goslar. Statuten S. 99. Z. 13. 40. S. 100. Z. 2. Freiberger Statuten S. 190. Mühlhäuser Rechtsb. S. 86. a. E. 87. Brünner Stadtr. Art. 99. (63.) (Rössler S. 364) „*mach der widersach den gestellen, da ers wider chauft hat, so wiert er ledich.*" Lübisches Recht Cod. II. Art. 82. „*und bringe oc den warent vore*". Neue Skra f. Nowgorod im Lüb. Urk. B. I. S. 708. a. Anf. Braunschweig Ottonisches Stadtrecht Art. 26 a. E. Bremer Ord. 64. 74. a. E (Oelrichs S 102. 109). Verdener Stat. 79. 145. Statut v. Stade XI. 5., von Hildesheim Art. 40. (Pufend. Obs. App. IV. p. 291. — Lateinische Recens. Art. 43. eod. p. 286.) — Bamberger Recht. 112. In Süddeutschland und Franken gilt dieser Rechtssatz bereits von Alters her.

13) So haben z. B. die Hildesheimer Bürger das Privilegium, nicht ausserhalb des Bisthums Gewährschaft leisten zu dürfen. Statut. Art. 41; latein Recens. Art. 44.

fenbuch c. 105. In Bodenstadt war wegen eines Pferdes mit Anefang geklagt worden, das der Verklagte von einem Bürger von Chremsier gekauft hatte. Er verlangte von letzterem, dass er in Bodenstadt erscheine und Gewähr leiste; der Verkäufer dagegen verlangte, dass ihm das Pferd dem Recht von Chremsier gemäss in Chremsier vorgeführt werde und er also dort den Prozess führe. Dem konnte der Verklagte nicht nachkommen, weil nach dem Rechte von Bodenstadt das Pferd bis zum definitiven Austrag der Sache am Anefangsgericht asservirt wird. Da der Verkäufer in Bodenstadt sich nicht stellte, so wurde das Pferd dem Kläger zugesprochen, und es entstand die Rechtsfrage, ob der Verkäufer dem Verklagten Eviction leisten müsse. Die Brünner Schöffen bejahen dies, weil das am Anefangsgericht geltende Recht auch hinsichtlich der Gewährspflicht zur Anwendung komme. — Auffallend bei dieser Stelle ist jedoch, dass das Recht von Bodenstadt ausdrücklich und wiederholt als das Ius Magdeburgense bezeichnet wird, während doch alle Quellen des Magdeb. Rechts grade das Folgen zu dem Gewähren [14]) vorschreiben, im vorliegenden Falle also nicht das Recht von Bodenstadt, sondern das von Chremsier mit dem Magdeb. R. übereinstimmt.

b) Nach dem gemeinen sächsischen Landrecht kann die Berufung auf den Gewähren so oft wiederholt werden, bis dem Kläger Jemand gegenübersteht, der die Behauptung des Klägers, die Sache unfreiwillig verloren zu haben, widerlegt.

Sachsensp. II. 36. § 16. *Man mut wol tien uppe mangen geweren, die ene uppe den anderen also lange went man kome uppe den, de't in sime stalle getogen hebbe of it ve is oder it selve getiücht hebbe of it gewand is.*

---

14) Auch das Mitführen der Sache. Vergl. z. B. Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 96: „*ouch sal her dazselbe pfert mit ym furin czu synyn gewern, daz her see, ab iz dasselbe pfert sye, das her vorkoufi habe*“.

Damit stimmen viele Stadtrechte überein [15]); nach anderen Stadtrechten dagegen ist der Zug auf den dritten Gewähren beschränkt, so dass der dritte Gewähre die Sache verliert, wenn er nicht eine die Klage definitiv beseitigende Einrede vorbringen kann. Ein altes Zeugniss dieses Rechtssatzes enthält die Veroneser Constitution Otto's des Grossen von 967 c. 7 (Pertz Monum. IV. p. 33) „*et super tertium warentem et tertium comitatum non procedat.*“

Innerhalb des sächsischen Quellenkreises findet sich diese Beschränkung im Lübischen Recht Cod. II. Art. 82 und im Hamburger R. v. 1270. VII. 9. „*de ne mach nenen verren warent hebbe wente an de drudde hand; unde de drudde hand schal antworden.*“ Vrgl. auch Braunschweiger Stadtr. Art. 24.

Sodann im Löwenberger Stadtbuch: *Man mac wol cien von eime giwern uf den andirn bis an den dritten, der sal iz bihaldin odir lazin* [16]).

Ferner im Brünner Recht. Schöffensatzung 228. (Rössler S. 402.) *Wem ein ros an wiert gevangen, der mag seinen kscholn wol gestellen, und wan daz ros an den dritten kschollen chumpt, derselb schol iz behalten oder verliesen.*

Allein um die Härte zu mildern, welche dieser Rechtssatz für den Verklagten und namentlich für den Vorbesitzer, der zufällig der dritte Gewährsmann war, in sich schliessen konnte, legte die Praxis in Brünn diesen Rechtssatz so aus, dass aussergerichtlich ein Gewähre an den andern ohne begränzte Zahl sich halten konnte, dass aber am dritten Gerichts-

---

15) Vgl. Sch.-Urth. bei Wasserschleben S. 422. c. 78; bei Walch. Verm. Beitr. VIII. S. 276. c. 9. Magd. Frag. I. 13. d. 1. System. Schöffenr. III. 2. c. 96. a. E. Glogauer Rechtsb. 421. Goslar Stat. S. 100. Z. 2 ff. Mühlhäuser Rechtsb. S. 87. Stadtr. v. Deutschbrod Art. 49. (Gengler. Cod. jur. munic. I. p. 746.) u. a.

16) Vgl. Homeyer in seiner Uebersetzung von Kolderup-Rosenvinges Dänischer Rechtsgesch. S. 98.

tage definitiv in der Sache erkannt werden musste. Schö[illegible] fenbuch c. 98.

Auch im Freiberger Stadtrecht (S. 190 a. E. 191 ist der Zug nur bis zur dritten Hand gestattet; jedoch m der wesentlichen Modification, dass der dritte Gewährsman ohne weitere Einredesubstanzirung *„daz pfert mit czwen vi gern uffen heiligen beheldet."* Hier ist also aus der Beschrän kung des Zuges auf drei Gewähren eine sehr wesentliche Vin dicationsbeschränkung geworden; der Vortheil des Vindicante ist umgewandelt in eine Benachtheiligung desselben[17]).

Zu erwähnen ist noch das Leobschützer Stadtrecl v. 1270. § 49, welches die Verfolgung bis zum siebenten G währen vorschreibt:

ipsum equum usque ad septimum guaranditorem prosequet et tunc equum perdet vel sentencialiter obtinebit[18]).

6) Endlich konnte der verklagte Besitzer der Klage d Einwand entgegensetzen, dass sie präcludirt sei. Dies w jedoch nur zulässig bei gefundenen und Räubern und Dieb abgenommenen Sachen[19]). Die Bestimmungen der Deutsch Rechtsquellen enthalten aber in dieser Beziehung im Einzeln so abweichende Bestimmungen, dass ein gemeines Recht a ihnen sich nicht ableiten lässt.

---

17) Auch die Uffenbachsche Handschr. des Lüb. Rechts lässt d verklagten Besitzer die Sache behalten *von der ansprake wegen, so ver alze de drudde warent vore kumt.* Hach Note 25. zu II. 82. S. 2 Vgl. auch Neumünsterische Kirchspiels-Gebr. Art. 68. (S. 124 , Wird ein Pferd gestohlen, kann derjenige, bei dem es betroffen, bezeug dass es ihm aufrichtig über die andere Hand zukäme (al. kommen), so bleibet der Besitzer bei seinem Pferde".

18) Damit stimmt überein das Ofner Stadtr. c. 340: *„unnd also m esz wachsen von ainem auf den andern uncz auff dye sibende person"*.

19) Haubold de origin. et fatis usuc. p. 17 sq. Albrecht Gew S. 122 fg. Delbrück Zeitschr. f. Deutsch. Recht. XIV. S. 232. — Din Klage S. 49. — Gerber und Ihering's Jahrbücher f. die Dogmat. d Privatrechts Bd. III. S. 9 ff.

Die Voraussetzungen der Präclusion der Klage waren folgende:

a) Unverhohlener Besitz. Darin stimmen alle Quellen überein; dagegen weichen sie in der Frist von einander ab, indem einige einen Besitz von 6 Wochen[20]), andere einen Besitz von Jahr und Tag[21]) fordern[22]).

b) Aufgebot. Auch hierin herrscht aber kein Einklang der Quellen. Denn während manche vorschreiben, dass der Finder das Gut vor den Bauern (Nachbarn) und in der Kirche aufbieten soll[23]), erwähnen andere des Aufgebots nicht, sondern fordern nur unverhohlenen Besitz[24]).

Meldet sich in der vorgeschriebenen Zeit Niemand, der die Herausgabe der Sache verlangt, so hat dies die Wirkung,

---

20) Sachsensp. II. 37. § 1. 3. Richtst. Landr. 12. § 2. Distinctionen IV. 9. d. 5. Prager Rechtsb. 183. Glogauer Rechtsb. 167. Görl. Landr. 47. § 10a.

21) Hamburg. Stadtr. v. 1270. XII. 6. Bremer Stat. 75. (Oelrichs S. 109.) Stat. v. Stade XI. 6. (Pufendorf. I. App. p 225) Statut. von Verden. 144. (Pufendorf. l. c. p. 123). — Bremer Stat. 118. (Oelrichs S. 136). — Gosl. Statut. S. 105. Z. 41. Prager Rechtsb. 191. Nr. 5. Glogauer Rechtsb. c. 544. Wendisch-Rügian. Landgebr. Tit. 204.

22) Das von Albrecht a. a. O. S. 123 aus dem Görl. Landr. 47. § 10. abgeleitete Prinzip, dass die Präclusion zu Gunsten des Finders in 6 Wochen, zu Gunsten des Richters in Jahr und Tag sich vollendet, wird auch durch andere Quellen bestätigt. Insbesondere haben das Prager Rechtsb. im cap. 183. und das Glogauer Rechtsb. im c. 167. die sechswöchentliche Frist zu Gunsten des Finders; dagegen schreibt das Prag. R. 191. c. 5. die jährl. Frist zu Gunsten des Richters vor, und auf denselben Fall ist Glog. Rechtsb. 544. zu beziehen. Dieses Prinzip war aber keineswegs allgemein anerkannt, da viele Rechtsquellen nur die eine Frist von Jahr und Tag erwähnen.

23) Sachsensp. a. a. O. Distinct. a. a. O. Richtst. 12. § 1. 15. § 2. Glog Rechtsb. 167. Goslar. Statut. S. 105. Z. 39. — Vgl. Kl. Kaiserr. II. 40. Schwäb. Ldr. 347

24) Die in Note 21 citirten Stellen mit Ausnahme der Gosl. Statut., und das Görl. Landr. a. a. O. Diese Rechte schreiben bisweilen eine Anzeige vom Funde an Vogt und Rath vor, die indess mit dem Aufgebot nicht verwechselt werden darf.

dass die gefundene oder Räubern und Dieben abgenommen Sache zwischen dem Richter und dem Finder getheilt wurde und zwar erhält regelmässig der Richter zwei Drittel, der Finder ein Drittel. Hat der Richter selbst dem Dieb die gestohlene Sache abgenommen, so behält er natürlich das Ganze[25]) Eine nothwendige Folge hiervon war, dass, wenn der Verlierer oder der Bestohlene nach Ablauf dieser Zeit vom Finder etc. die Herausgabe der Sache oder Schadensersatz forderte, der Verklagte den Einwand entgegenstellen konnte, de Kläger habe sich verschwiegen. Er konnte dem Kläger „*da gevunden gut weren.*"

Die Substanzirung dieses Einwandes ergiebt sich au dem Richtst. Landr. 12. § 2. in folgender Weise:

dat he den vunt upgeboden hebbe tur kerken unde vo gerichte und halden hebbe unvorholen ses weken, als he i rechte scole.

Den Beweis erbringt im Bestreitungsfalle der Verklag „*mit twen bedderven mannen*"[26]).

III. Abschnitt. Klage auf Rückgabe anvertrauter Mobilien.

§ 18. Die Substanzirung der Klage.

Der Richtsteig Landr. 16. § 1. giebt für die Klage d Formel:

Her richter, N. claget gode unde ju, dat peter mi vor holt mine have, de ic dede N., des erve he nimt[1]).

---

25) Auch hierin weichen übrigens die einzelnen Rechtsquellen sehr vo einander ab; so erhält z. B. nach dem Recht von Hamburg, Bremen, Stade Verden an den Räubern abgejagten Sachen der Vogt ein Drittel, der Rath ei Drittel, der Erbeutende ein Drittel; dagegen die auf des Königs Heerstrass gefundenen Sachen fallen an die königliche Gewalt und der Finder erhäl nur *arveydes lon* (Fundgeld). Nach anderen Quellen erhält die Kirch einen Antheil. Holländ. Sachsensp. (Grupen) 70. 88. Vergl. auc Schwäb. Landr. 347. a. E.

26) Richtst. Landr. a. a. O. Glogauer Rechtsb. 167.

1) Vgl. die Recension bei Homeyer Richtst. S. 388.

Der Kläger braucht demnach weder sein Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an der Sache bei der Klagen-Erhebung zu behaupten, noch ein bestimmtes Contractsverhältniss zu nennen. Ob er die Sache dem Verklagten als Commodat, Depositum, Pfand, oder zum Besicht zum Zweck des Kaufes, oder zur Reparatur und Bearbeitung, oder zum Transport u. s. w. übergeben habe, ist zunächst völlig unerheblich. Der Kläger braucht nur zu behaupten, dass er die Sache dem Verklagten (resp. dem Erblasser desselben) gegeben habe.

Ja nicht einmal die Thatsache der Hingabe braucht bei der ersten Anstellung der Klage besonders angeführt zu werden; es genügt nach dem Richtsteig 11. § 3. auch die Formel:

Her richter, N. claget gode unde ju, dat N. des sines icht (sin pert, sin gut[2]*) hebbe.*

Die Klage an sich kann daher ganz ebenso wie die schlichte Klage um Schuld lediglich einen Anspruch enthalten, ohne Begründung, ohne Darlegung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, ohne Angabe von Thatsachen, aus denen, wenn sie zugestanden oder festgestellt sind, von Rechtswegen der Anspruch folgt. Der Verklagte hat zunächst selbständig zu prüfen, ob er den Anspruch des Klägers als richtig anerkennt. Erst nachdem der Verklagte den Anspruch verneint oder um Auskunft gefragt hat, worauf der Kläger seinen Anspruch stützt, kann letzterer die Klage durch die Behauptung motiviren, er habe die Sache dem Kläger gegeben. Diese Substanzirung ist allerdings ebenfalls noch ungenügend, allein sie wird ausreichend, wenn man sie durch ein selbstverständliches Moment ergänzt, welches in der Klage stillschweigend mit enthalten ist, nämlich dass der Kläger die Sache dem Verklagten gegeben habe unter der Verpflichtung zur Rückgabe.

---

2) Siehe Note 14 zu dieser Stelle in der Ausgabe Homeyers.

Wenn der Kläger eine Sache zurückfordert, von der er selbs zugesteht, dass er sie freiwillig dem Verklagten gegeben hat so ist damit von selbst die Annahme ausgeschlossen, dass de Kläger eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragun im Sinne habe; er kann unter dem Geben nur eine Hingab unter der Verpflichtung der Restitution meinen[3]). Häufig ma dies auch vom Kläger ausdrücklich erklärt worden sein durc Angabe des Zweckes, zu dem die Hingabe erfolgt ist.

Systemat. Schöffenr. V. c. 5. *her mute von de manne di selbe varnde habe, dy ym czu haldin ist geg bin, ym czu antwortin.*

Blume des Magd. Rechts. II. 7. *Daz gut daz m undir einem anspricht nach totir hant . . . als ob iz cz pfande gesatzt were odir czu behaldin getan were.*

Nur war eine Specialisirung des der Hingabe zu Grun liegenden Geschäfts Seitens des Klägers nicht nothwendig; konnte abwarten, ob der Verklagte seinerseits einen Rech titel geltend machen werde, der ihn von der Verpflichtung d Rückgabe befreit.

Eine Ergänzung der Klagen-Substanzirung war ind unter Umständen hinsichtlich der Activlegitimation erforderli Insbesondere wenn der Erbe des ursprünglichen Deponent Leihers, Verpfänders die Herausgabe der Sache forderte, musste er sich als alleiniger Erbe legitimiren[4]), oder der V klagte konnte Sicherstellung gegen Ansprüche anderer Erb verlangen[5]). Traten mehrere Prätendenten auf, welche weg Herausgabe der Sache klagten, so hat der Inhaber sie kein

---

3) Im Gegensatz zu dem Geben in diesem Sinne sagt der Sachs spiegel III. 4. § 1. von der Tradition behufs Eigenthumsübertragu *sve so weder eschet, dat he vergeven ... hevet.*

4) Richtsteig 19. § 1. Siehe unten § 39.

5) Brünner Schöffenb. c. 184. a. E. Siehe unten § 40. Nr. 3. In venirt während des Prozesses ein anderer Prätendent, der sein näh

von ihnen auszuantworten, sondern sie bei Gericht zu deponiren[6]).

Auch wenn mehrere Personen gemeinschaftlich eine Sache verpfändet, verliehen, deponirt haben, so kann sie Einer von ihnen nur dann zurückfordern, wenn er die Einwilligung aller Andern dazu nachweist. Ist er dazu ausser Stande, so darf der Verklagte die Sache nur entweder ihnen gemeinsam herausgeben[7]) oder sie bei dem Richter oder einem Sequester deponiren[8]).

Wenn der Verklagte der Klage gegenüber sich rein negativ verhält, d. h. die geforderte Sache vom Kläger erhalten zu haben leugnet, ohne in positiver Weise anzugeben, wie er zum Besitz der Sache gekommen sei, so hat der Kläger den Beweis seiner Behauptung selbdritt zu erbringen. Sachsensp. I. 15. § 1.[9]).

Dieser Rechtssatz hat zu vielfachen Bedenken und Erörterungen Anlass gegeben. Wie ist er mit der dem Verklagten den Unschuldseid zuweisenden Regel zu vereinigen? Wo-

---

Erbrecht nachweist, so hat der ursprüngliche Prozess damit von selbst ein Ende. Schöffenrecht c. 139. bei Wasserschleben I. S. 94.

6) Sachsensp. III. 15. § 1. 3. Magd.-Görl. 120; oder sie vorläufig zu sequestriren. Gosl. Stat. S. 8. Z. 35.

7) Dies wird bisweilen besonders verabredet; vergl. z. B. die Urk. v. 1227 im Diplomatar des Klosters Walkenried Nro. 156. (Urkundenb. des histor. Vereins für Niedersachsen. II. S. 118).

8) Dies folgt theils aus der Analogie mit dem Falle, dass mehrere Erben klagen, theils aus den Grundsätzen üder die Zahlung von Geldschulden an Gesammtberechtigte. Goslar. Stat. S. 75. Z. 36. Hildesheimer Statuten 28. (Pufend. IV. App. p. 290. Latein. Rec. Art. 26. p. 284). Systemat. Schöffenr. V. 13. 14.

9) Das Lüb. Recht Cod. II. Art. 249 lässt auf Grund statutarischer Bestimmung bei der Rückforderung gewisser Mobilien Seitens des Vermiethers den alleinigen Eid desselben zu und bestätigt, dass bei anderen Mobilien der Kläger den Zeugenbeweis für die Hingabe zu führen hat. Andererseits erfordern die Erfurter Stat. Art. 39. (Walch. I. S. 117.) dem Treuhänder gegenüber, der den Empfang von Sachen ableugnet, auch bei fahrender Habe einen Zeugenbeweis mit 6 Bürgern.

durch erklärt es sich, dass falls der Verklagte die ihm depo-
nirte oder geliehene Sache nicht mehr besitzt, er mit seinem
alleinigen Eide der Klage entgeht; dass dagegen, wenn er im
Besitze ist, der Kläger zum Beweise kömmt?

Albrecht[10]) erklärt das schlechthin für eine Ausnahm
von dem sonst geltenden Prinzip. Planck's Theorie, das
derjenige zum Beweise gelangt, der behalten will, versag
grade hier auf das Bestimmteste; denn nur in der künstlic
sten Weise kann die natürliche Auffassung, dass der Besitz
einer Sache, der die Herausgabe derselben ablehnt, diesel
behalten will, in ihr Gegentheil verwandelt werden[11]). Stobbe
glaubt, dass, wenn der Kläger seinerseits erfüllt hat, er in
Rücksicht hierauf den Beweisvorzug erlangt; diese Hypothese
löst aber den Widerspruch durchaus nicht, dass der Verklag
bei Mangel des Besitzes, der doch die Erfüllung Seitens d
Klägers nicht wieder aufhebt, den Unschuldseid schwören da
v. Bar[14]) nimmt die Präsumtion zu Hülfe, dass der Verklagt
welcher kein eigenes Recht an der Sache bestimmt namha
macht und dem Kläger entgegenstellt, auch kein Recht an der
selben habe; es ist aber nicht einzusehen, in wiefern darau
eine Präsumtion für die Wahrheit der klägerischen Behaup-
tung entspringt, und ebensowenig, warum der Kläger schlechter
gestellt sein soll, wenn der Verklagte sich des Besitzes der
Sache entschlagen, sie consumirt, veräussert, zu Grunde
gerichtet hat, als wenn sie noch in seinem Besitze sich
befindet.

Am beachtenswerthesten ist der Versuch, den Widerspruch
dadurch zu beseitigen, dass man in dem einen Falle eine per-

10) Doctrinae de probationibus II. p. 7. § 34.
11) Zeitschr. f. Deutsches R. X. S. 248. fg.
12) Vertragsrecht S. 63. fg.
13) Die Unrichtigkeit derselben zeigt Hänel Beweissyst. S. 116. 117
14) Beweisurtheil S. 111.

sönliche, in dem anderen Falle eine dingliche Klage annimmt [15]). Stein [16]) stellt die Kontractsklage, welche Sachsensp. I. 7 erwähnt und welcher der im Sachsensp. I. 15. § 2. erwähnte Fall unterzuordnen ist, gegenüber der im § 1. des cit. Artikels erwähnten Klage, welche „auf der dem Inhaber reservirten ideellen Sachgewalt" beruhe und darum dem Kläger die Führung des Zeugenbeweises gewähre. Diese Anschauung beruht auf der völlig haltlosen Hypothese einer juristischen Gewere des Nichtbesitzers an Mobilien. Mit grösserer Ausführlichkeit sucht Hänel [17]) die Unterscheidung der persönlichen und der dinglichen Klage durchzuführen; das Beweisrecht des Klägers beruhe auf dem Eigenthum desselben. Schon oben [18]) haben wir im Allgemeinen den Nachweis zu führen gesucht, dass die mittelalterlichen Rechtsquellen die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Klagen nicht kennen und am wenigsten technische Ausdrücke für diesen Unterschied haben; wenn Hänel sich daher für seine Ansicht auf die Ausdrücke „sein fahrendes Gut behalten, sich dazu ziehen, sich desselben unterwinden" beruft, so ist diese Begründung nicht stichhaltig.

Im vorliegenden Falle aber ist eine Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Klagen weder der Natur der Sache noch den Quellen-Aussprüchen nach zulässig. Wir haben bereits hervorgehoben, dass in der Klageformel durchaus keine Erwähnung eines dinglichen Rechts des Klägers geschieht; er ist weder genöthigt anzugeben, welches Besitzrecht auf die Sache er sich zuschreibt, noch auf welche Weise er dieses Recht erworben hat. Schon die durchgreifende Geltung

15) Darauf reduziren sich wol auch die schwer verständlichen Bemerkungen von Weiske Zeitschr. f. Deutsch. R. XIV. S. 124 ff., der zwischen „fordern" und „schuldigen" einen technischen Unterschied machen will und die Klagengewere (!) zur Erklärung mit herbeizieht.

16) Untersuchungen über die Entw. des Deutsch. Sachenrechts S. 132.

17) Beweiss. S. 152 ff.

18) Siehe § 10.

der Regel „Hand muss Hand wahren“ macht es zur Nothwendigkeit, dass auch der Commodatar, Depositar, Handwerker etc., der die ihm anvertraute Sache weiter gegeben hat, sie zurückfordern kann; und dass auch der Dieb, Hehler oder Finder die Rückgabe einer von ihm verliehenen etc. Sache verlangen kann, unterliegt keinem Zweifel.

Dass kein dingliches Besitzrecht der Klage zu Grunde liegt wird durch zwei Umstände bestätigt. Erstens dadurch, dass der Verklagte sich nicht damit vertheidigen kann, dass er das Eigenthum des Klägers bestreitet oder zu widerlegen sich erbietet; dass vielmehr nur diejenige Einrede relevant ist, welche den Empfang der Sache unter der Verpflichtung zur Rückgabe widerlegt. Zweitens durch den Inhalt des vom Kläger einer unsubstanzirten Verneinung des Verklagten gegenüber zu erbringenden Beweises, der zufolge Richtsteig Landr. 16. § 2. dahin gerichtet ist:

dat ic se em gedan hebbe, als ic bewisen mach mit hulpenden tugen.

Auf den bisher eingeschlagenen Wegen ist daher eine Erklärung für die Verschiedenheit des Beweisrechts nicht zu finden; und man konnte sie nicht finden, weil man von einem unrichtigen, dem Deutschen Rechte fremden, aus Römischen Anschauungen in dasselbe hineingetragenen Prinzipe ausgeht. So wenig wie das Deutsche Klagensystem auf dem Gegensatz dinglicher und persönlicher Klagen beruht, so wenig gliedert sich auch das Beweissystem nach dem Umstande, ob ein obligatorisches Rechtsverhältniss oder ein dingliches Besitzrecht in Frage steht. Das Beweisrecht richtet sich vielmehr nach dem Inhalt der zu beweisenden Thatsache. Sachsensp. I. 7 enthält nicht den Grundsatz, obligatorischen Ansprüchen entgeht man mit dem Unschuldseid, sondern das ganz verschiedene Prinzip: eine Willens-Erklärung (*sve icht borget oder lovet*) und eine Handlung (*svat he dut*), aus welcher der

Gegner rechtliche Ansprüche ableitet, kann man eidlich ableugnen. Dieser Grundsatz findet, wie wir bei Erörterung der Klagen um Immobilien an mehrfachen Beispielen sehen werden, auch ausserhalb des Gebietes der Schuldverhältnisse statt, und andererseits tritt der Unschuldseid des Verklagten auch in solchen Prozessen, welche nach dem System des Röm. oder heutigen Rechts einen obligatorischen Anspruch betreffen, nicht ein, wenn keine Willens-Erklärung oder Handlung des Verklagten in Frage steht. An dieser Voraussetzung aber fehlt es bei dem in Rede stehenden Fall. Die Verpflichtung des Verklagten zur Rückgabe der Sache beruht weder auf einem Gelöbniss noch auf einer ihn zur Schadloshaltung verbindenden Handlung desselben, sondern auf einer Handlung des Klägers. Eine Behauptung des Klägers aber, die eine von ihm selbst vorgenommene Handlung zum Gegenstand hat, kann der Verklagte nicht durch seinen Eid widerlegen, sondern er kann durch (schlichtes) Bestreiten derselben nur den Kläger zur Führung des Beweises nöthigen. Ein unbilliger Unterschied gegen die Klage auf Schadensersatz des Deponenten, Commodanten, Pfandgläubigers u. s. w. ist nicht vorhanden, denn wir haben oben[19]) den Nachweis zu führen versucht, dass einer solchen Klage der Depositar etc. nur insofern mit seinem Eide entgeht, als er seine Schuld am Untergang der Sache leugnen kann, nicht aber durch die Betheurung, die Sache überhaupt nicht empfangen zu haben, falls der Kläger die Hingabe mit Zeugen zu erweisen sich erbietet.

§ 19. Die Vertheidigung des Beklagten.

Mit dem entwickelten Fundament der Klage stimmt das Prinzip vollkommen überein, aus welchem sich die gegen die Klage zulässigen Einreden ableiten lassen. Der Verklagte hat einen doppelten Weg der Vertheidigung; er kann entweder

---

19) Siehe S. 63 ff.

h positive Thatsachen die Behauptung widerlegen, dass Kläger ihm die verlangte Sache gegeben habe, oder er ın Rechte geltend machen, welche seine Verpflichtung zur ıckgabe ausschliessen bezieh. von Gegenleistungen abhängig achen. Demgemäss zerfallen diese Einreden in zwei Klassen. Durch jede nach Massgabe dieses Prinzipes relevante Gegenbehauptung verlegt der Verklagte dem Kläger den Zeugenbeweis für die angebliche Hingabe der Sache und gelangt zum Beweise seiner Behauptung.

I. Widerlegung der Behauptung des Klägers, die Sache dem Verklagten gegeben zu haben.

Sachsensp. I. 15. § 1 führt drei Behauptungen auf, für welche dem Verklagten das Beweisrecht zugesprochen wird.

1) Der Verklagte behauptet einen originären Erwerb.

Sachsensp. a. a. O. *Mach aver jene, de't in geweren hevet, sin varende gut daran getügen* . . . Der Ausdruck *varende gut* ist anerkanntermassen nur eine Umschreibung des damals noch nicht gebräuchlichen Wortes Eigenthum; allein einerseits konnte der Verklagte seine Einrede nicht mit der blossen Behauptung, die Sache sei sein eigen, substanziren, andererseits bedurfte es nicht des Nachweises eines nach abstracten Regeln vollgültig erworbenen Eigenthums. Die ursprüngliche Lesart für *varende gut* war *intucht* und Homeyer bemerkt zu dieser Stelle mit Recht, dass der Ausdruck *varende gut* wol nur deshalb gewählt worden ist, weil er ausser dem Aufziehen auch die Selbstbereitung mit umfasst. Es muss daher vom Verklagten eine bestimmte Thatsache angegeben werden, nicht die blosse Versicherung, dass er sich für den Eigenthümer der Sache halte. Der Einwand hat ganz dieselbe Bedeutung wie der gleiche Einwand gegenüber der Klage auf Auslieferung abhanden gekommener Mobilien. Durch den Nachweis des originären Erwerbs soll in beiden Fällen die

Unmöglichkeit dargethan werden, dass die streitige Sache früher im Besitz des Klägers gewesen und aus seinen Händen in die des Verklagten übergegangen sei. Hinsichtlich der Substanzirung und des Beweismittels gelten daher die gleichen Regeln und es genügt demgemäss, auf die Ausführungen S. 120 fg. zu verweisen.

2) Der Verklagte behauptet die Sache geerbt zu haben.

Dieser Einwand hat nicht den Sinn, dass der Verklagte ein durch Erbgang erworbenes Eigenthum an der Sache dem Kläger entgegenstellt. Der Erbe erlangt auch nach Deutschem Rechte nur diejenigen Rechte an der Nachlasssache, welche der Erblasser an derselben hatte; das Erben für sich allein ist demnach gar kein Rechtstitel auf die Sache. Dass der Erbe eine seinem Erblasser nicht gehörige, ihm nur anvertraute Sache dem Deponenten, Leiher u. s. w. herausgeben muss, unterliegt keinem Zweifel[1]). Der Verklagte müsste daher, wenn er ein von ihm an der Sache erworbenes Eigenthum dem Verklagten entgegenzustellen genöthigt wäre, seinen Einwand in der Art substanziren, dass er zunächst das Eigenthum seines Erblassers behauptet und darlegt, und sodann sich selbst als den rechtmässigen Erben dieses verstorbenen Eigenthümers legitimirt. Eine solche Substanzirung der Einrede aber kann der Sachsensp. nicht mit den kurzen Worten „*sin erve gut getügen*" bezeichnen. Der Sinn dieser Einrede ist vielmehr der, dass der Verklagte die Behauptung, die Sache vom Kläger erhalten zu haben, positiv dadurch widerlegt, dass er sich erbietet Zeugen zu bringen, welche wissen, dass er die Sache im Nachlass seines Vorfahren vorgefunden habe. Die Einrede betrifft nicht den Eigenthumserwerb, sondern den Besitzerwerb. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird durch zwei Umstände bestätigt.

Erstens dadurch, dass weder Sachsensp. II. 36. noch eine andere Rechtsquelle diese Einrede gegen die auf unfrei-

---

1) Vgl. Lewis. Success. des Erben S. 94 fg. 101 fg. 143.

willigen Besitzverlust gestützte Klage zulässt[2]). Denn die Behauptung, die Sache sei durch Diebstahl u. dergl. dem Kläger abhanden gekommen, wird selbstverständlich dadurch nicht widerlegt, dass der Verklagte sie im Nachlass seines Erblassers vorgefunden hat[3]); dagegen wird durch den Beweis dieser Thatsache allerdings die Behauptung widerlegt, dass der Verklagte den Besitz der Sache vom Kläger bekommen habe.

Zweitens folgt die Richtigkeit unserer Auffassung daraus, dass der Einwand in dieser Gestalt irrelevant ist, wenn der Kläger behauptet, die Sache dem Erblasser, aus dessen Nachlass der Verklagte die Sache hat, gegeben zu haben.

Dafür ist besonders lehrreich Richtsteig Landr. 16. § 2. 3.[4]). Wenn der Verklagte lediglich sagt „*dit gut is min angestorven erve*“, so kann der Kläger repliziren: „*dat de have . . . des ni ne wart, des erbe he nimpt, mer dat ic se em* (*dem Erblasser*) *gedan hebbe.*“

Kann der Verklagte dies nicht dadurch widerlegen, dass er einen anderweitigen Erwerb seines Erblassers darthut, so kömmt der Kläger zur Erbringung des Zeugenbeweises, der Verklagte *brikt ime sinen getüch* also nicht[5]).

Stellt dagegen der Erbe die Gegenfrage:

na deme dat het in geweren hedde unde sines vorvaren geweset were und wolde dat bewisen als recht were

---

2) Was Delbrück Zeitschr. f. Deutsch. R. XIV. S. 235 „auffallend“ findet.

3) Nur für seine Person kann er sich von dem Verdacht eines unredlichen Erwerbes dadurch reinigen. Daher finden wir eine der hier besprochenen Einrede ganz gleiche gegenüber der bei der Klage mit Anefang mit enthaltenen Anschuldigung. Siehe oben S. 98.

4) Vgl. Planck Beweisurtheil S. 34.

5) Vgl. Blume Magd. Rechts II. 4. bei Homeyer Richtst. S. 352. Landrecht v. Burg (Neue Mittheilungen aus dem Gebiet histor.-antiq. Forsch. Bd. XI) S. 163. a E. Rechtsf. bei Wasserschleben S. 371 ff. c. 20. Zwei Brüder werden auf Herausgabe eines goldenen Kreuzes

so kömmt der Erbe zum Beweise. Dass die nackte Behauptung, die Sache sei Eigenthum seines Vorfahren gewesen, nicht genügte [6]), sondern der Verklagte bestimmte Thatsachen angeben musste, wie sein Erblasser den Besitz der Sache erworben habe [7]), wird ausdrücklich bestätigt durch

Blume des Magd. Rechts II. 5. *Der erbe ist abir in sotan sachin nehir, sein erbe czu vortretin und czu behaldin, ob er beweisin mag selb dritte, daz iz jener gekauft oder geczugit hette, der iz uf im erbete, den iz im der vorderer mit geczuge angewinnen muge von rechtis wegen* [8]).

3) Der Verklagte beruft sich auf einen Gewähren.

Sachsensp. a. a. O. „*Hevet he's geweren to rechte, he brikt ime sinen getüch, ime ne werde burst an sime geweren.*"

Nach den vorstehenden Erörterungen ergiebt sich die Bedeutung dieser Einrede mit Leichtigkeit; sie ist nicht die Darlegung eines derivativen Eigenthumserwerbes, wie man allgemein annimmt, sondern die prozessualische Geltendmachung der Regel „Hand muss Hand wahren." Der Verklagte erbietet sich zu dem Nachweise, dass er die Sache aus anderen Händen, als aus denen des Klägers empfangen habe. Daraus ergiebt sich ein durchgreifender Unterschied des Ziehens auf den Gewähren in unserem Falle gegen das Ziehen auf den Ge-

---

belangt, das der Kläger als zum Nachlass seiner Grossmutter gehörig bezeichnet. Die Verklagten wenden ein, das Kreuz habe ihrem Vater gehört und er habe es jener Erblasserin geliehen. Die Mannen von Donyn fällen das Urtheil, *wollen sy das erweisen also recht ist, sy bleibin dobey.* In diesem Falle sind also nur die Parteirollen vertauscht; die Zuerkennung des Beweisrechts beruht auf dem oben entwickelten Prinzip.

6) Wie Planck Zeitschr. f. D. R. X. S 261 meint.

7) Der Richtsteig scheint dies anzudeuten, freilich höchst dunkel, durch die Worte *bewisen* a. r. w.

8) Vgl. ebendas. II. 3. *ob ein erbname spreche, sein vorvare hettis gekouft und woldes beweisin, oder hettis geczogin uf seim stalle, ob iz ein vy were, oder hettis lasin werkin oder selbir machin und woldes beweissin* . . .

währen bei der auf unfreiwilligen Besitzverlust gestützten Klage. Im letzteren Falle tritt der Gewähre in den Prozess ein und zieht sich seinerseits wieder auf einen Gewähren u. s. f., bis der Kläger einer Partei gegenübersteht, die keinen Gewähren mehr hat, sondern die einen solchen Erwerb der Sache behauptet, wie er der Klage aus unfreiwilligem Besitzverlust gegenüber gestellt werden muss. In unserem Falle dagegen ist weder von einem Eintreten des Gewähren in den Prozess noch von einem Zuge von einem Gewähren auf den andern die Rede. Durch Einen Gewähren, der bekennt, die Sache dem Verklagten übergeben zu haben, wird der in unserem Falle hinreichende Beweis erbracht, dass der Verklagte die Sache nicht vom Kläger erhalten habe. Es ergiebt sich ferner, dass wenn der Verklagte die Sache von einem Unbekannten, etwa auf dem Markte, gekauft hat, oder wenn er aus einem andern Grunde ausser Stande ist den Gewähren zu stellen, er statt dessen einen Zeugenbeweis selbdritt über die erfolgte Anschaffung der Sache erbringen kann [9]; während der auf unfreiwilligen Verlust gestützten Klage gegenüber ein solcher Einwand nicht von der Herausgabe der Sache, sondern nur von Zahlung der Nebenstrafen, falls mit Anefang geklagt worden ist, befreit.

---

9) Vgl. die vorhin citirten Stellen der Blume des Magd. R. II. 3. und II. 5. Die Niedersächs. Stadtrechte lassen in Uebereinstimmung mit dem in den Städten geltenden Beweissystem den Besitzer zum alleinigen Eide zu über den Erwerb der Sache, wenn der Kläger weder einen Zeugenbeweis darüber antritt, dass er selbst dem Verklagten die Sache eingehändigt habe, noch behauptet, dass sie ihm dieblich abhanden gekommen sei. Lüb. Recht bei Brokes. Cod. II. 249. Cod. III. Art. 150. (Hach S. 326.) Bremer Ord. v. 1303. Art. 51. Braunschw. Stadtr. § 31. Stat. v. Celle § 30., v. Verden Art. 53. Ebenso Eisenacher Gerichtsleufft 33. Purgoldt VII. 57.

II. Geltendmachung von Rechten auf den Besitz Seitens des Verklagten.

Der Verklagte kann den Empfang der Sache vom Kläger zugestehen, aber die klägerische Behauptung, dass derselbe die Sache dem Verklagten unter der Verpflichtung zur Rückgabe übergeben habe, dadurch widerlegen, dass er in positiver Weise angiebt, welches Recht auf den Besitz der streitigen Sache er erworben habe.

1) Der Verklagte behauptet, der Kläger habe ihm die Sache verkauft oder geschenkt. Leugnet der Kläger dies, so beweist der Verklagte nach dem Sachsensp. III. 4. § 1. *die köpinge selve dridde, der die't sagen* [10]). Die Schenkung *(gift)* stellt der Sachsensp. dem Kauf ganz gleich; auch sie wird mit zwei Wissenszeugen erwiesen [11]).

2) Der Verklagte behauptet, er habe an der Sache ein Pfandrecht.

---

10) Richtsteig Landr. 13. § 1. Glogauer Rechtsb. c. 425. — Nach einigen Handschriften des Lüb. Rechts bei Hach S. 326. wird der Beweis des Kaufes und der Schenkung durch den alleinigen Eid des Besitzers zugelassen.

11) Vgl. auch Goslar. Statut. S. 15. Z. 14. Distinctionen I. 28. d. 3. Gelegentlich wird der Fall auch erwähnt in den Magd. Fragen I. 6. d. 5; dass auch nach Magdeb. Recht der Verklagte den Beweis der Schenkung selbdritt zu erbringen hatte, wird in dieser Stelle bestätigt durch die Worte „*der eide irlisz en der cleger*". Nach einer weit verbreiteten Ansicht soll der Beweis der Schenkung jedoch nur mit Gerichtszeugniss erbracht werden dürfen, mindestens habe in Goslar für den Erweis eines Liberalitätsacts diese Erschwerung des Beweises bestanden, da es in einem Goslar'schen Erk. heisst: *dat na unsem stadtrechte de jene de da sprecke, et were om gegeven, de moste dat bewisen mit dem richter unde mit dinglüden.* Albrecht. Doctr. de prob. II. p. 13. Planck Zeitschr. f. D. R. X. S. 257. Note 119. Stobbe Vertragsr. S. 107. Note 41. Allein das ältere Goslar'sche Recht lässt den Beweis mit Privatzeugen in Civilsachen überhaupt nur in wenigen Ausnahme-Fällen zu, erleichtert dafür aber ungemein die Beschaffung des Gerichtszeugnisses. Vgl. Göschen Gosl. Statuten S. 150. Hänel Beweissyst. S. 70. Wenn das citirte Urtheil aber fortfährt: *vermist he sek dat nicht, so mach jener sek des*

Räumt der Kläger ein, dass er die Sache dem Verklagten verpfändet habe, ist jedoch die Höhe der Forderung des Pfandbesitzers streitig, so hat zweifellos der Verklagte das Recht, durch seinen alleinigen Eid die Höhe der Forderung zu beglaubigen [12]). Wenn dagegen der Kläger die Verpfändung überhaupt nicht zugesteht, so nimmt v. Meibom Pfandrecht S. 394 an, dass der Verklagte die Bestellung des Pfandrechts selbdritt zu erweisen habe. Dafür spricht allerdings die Analogie der vom Einwand des Kaufs oder der Schenkung geltenden Regel, auf welche v. Meibom sich auch allein beruft [13]). Indess der Satz, dass der Pfandbesitzer die Verpfändung selbst mit seinem alleinigen Eide erweisen kann, wird durch viele Quellenzeugnisse auf das Bestimmteste bekundet.

System. Schöffenrecht V. c. 5. Der Kläger fordert eine Sache, welche er dem Erblasser des Verklagten geliehen oder deponirt zu haben behauptet. *Spricht abir der antworter, daz ym die varnde habe gesaczit sy vor gelt, daz her benumyt, des ist der antworter nehir czu behaldin mit synis eynis hant, wenne ym der cleger abgewinnen moge; nochdemmole her dy varnde habe in synir gewere hot.*

---

ledigen up. d. hilegen, dat he ome dat nicht gegeven hebbe, so ist darin nur ausgesprochen, dass der Verklagte auf das ihm gebührende Beweisrecht verzichten und den Gegner zum alleinigen Eid zulassen darf, was in den Quellen mehrfach erwähnt wird. Hänel S. 177.

12) Goslar. Statut. S. 68. Z. 11. Distinctionen III. 14. d. 8. III. 17. d. 9. Brünner Schöffenb. c. 563. Mindener Schöffenspr. f. Hannover (im Vaterl. Arch. des hist. Vereins f. Niedersachsen 1844. S. 301). Bremer. Schedinge 161. (Oelrichs S. 232). — Vgl. Stobbe Vertragsr. S. 90—94. Tomaschek Deutsch. R. in Oesterreich S. 295. — Die Gründe für dieses Beweisrecht des Pfandgläubigers sind in sehr verschiedener Weise erklärt worden. Siehe darüber Planck Zeitschrift für D. R. X. S. 241 fg. Stobbe Vertragsr. S. 88. 92. Hänel Beweiss. S. 162. v. Bar Beweisurth. S. 135. Note 224. v. Meibom Pfandr. S. 397.

13) Vielleicht kann dafür auch das Lüb. Erk. v. 1489 bei Michelsen Oberhof Nro. 212 angeführt werden, worin es heisst: *kan he dat waer maken, alse recht is, dat eme dat sulversmyde van dem Capittele*

Ein Prager Schöffen-Urth.[14]) gestattet dem Pfandbesitzer die eidliche Erhärtung seiner Forderung, obgleich der Gegner die Verpfändung ausdrücklich bestreitet und behauptet, quod vina illa propter fidem et bonum suum apud actorem locasset et in nullo sibi obligasset.

Münsterisches Rechtsweisth. f. Bielefeld § 57[15]). *Si fur aut alius homo res commiserit alicui servandas, si dixerit servator se habere in pignore, quod juramento probaverit, hoc obtinebit; si non veniunt res ad praesentiam judicis*[16]).

Bremer Schedinge 145 bei Oelrichs S. 225. Rüdener Stadtr. 96 (Seibertz U.-B. II. S. 89.) Lüb. Recht Cod. II. Art. 157.

Der Grund für diese Begünstigung des Besitzers kann nicht mit Hänel[17]) darin gefunden werden, „dass das Pfand nach den obwaltenden Intentionen der Parteien nicht blos die materielle Sicherheit der Forderung gewährleisten, sondern an erster Stelle ein erleichtertes Beweisrecht schaffen sollte". Denn das ist eine offenbare petitio principii. Es ist ja eben streitig, dass die Sache als Pfand gegeben worden ist und die einseitige bestrittene Behauptung des Besitzers, die Sache sei sein Pfand, kann nicht für die Intentionen, welche der Kläger bei Hingabe der Sache hatte, entscheiden. Die Bevorzugung des Besitzers hinsichtlich des Beweises erklärt sich vielmehr daraus, dass das Deutsche mittelalterliche Recht dem Gläubiger in weitem Umfange die Befugniss gewährte, Sachen des Schuldners, welche der Gläubiger in Händen hat, zu seiner

---

to R. vor eyn pant gesettet sy, so hoge he denne dat voreeden will, wor vor idt eme vorpandet is etc.

14) Bei Stobbe Vertragsr. S. 91. mitgetheilt.

15) Wilmans Westfäl. Urkundenb. Bd. III Heft I. S. 93.

16) Die Schlussworte bedeuten wohl: wenn er nicht diesen Eid leistet *(si non)*, werden die Sachen in gerichtliche Verwahrung genommen.

17) Beweiss. S. 162.

Befriedigung in Anspruch zu nehmen und dass dieses deutschrechtliche Retentionsrecht dem im Wege der Execution mit richterlicher Hülfe genommenen und dem vom Schuldner gesetzten Pfande begrifflich sehr nahe verwandt war [18]). Machte der auf Herausgabe einer Sache verklagte Besitzer die Gewährung des Klage-Antrags davon abhängig, dass ihn der Kläger wegen seiner Forderung befriedige, so war es unerheblich, ob der Kläger ihm diese Sache versetzt hat oder nicht, weil er auch dann, wenn dies nicht geschehen ist, sie zu retiniren befugt war. Von Erheblichkeit war nur der Beweis für die Existenz und die Höhe der Forderung [19]). Da auch derjenige Gläubiger, der eine Verpfändung gar nicht behauptete, sondern nur sein Retentionsrecht geltend machte, zum Beweise seiner Forderung mit seinem alleinigen Eide kam [20]), so hatte auch der auf Herausgabe belangte Besitzer einer Sache, welcher ein Pfandrecht an derselben geltend machte, das Recht, die Höhe seiner Forderung zu beschwören, gleichviel ob die Verpfändung vom Kläger zugestanden wurde oder nicht.

3. Der Verklagte macht Lohnforderungen geltend.

Der Einrede des Pfandrechts schliesst sich der ganz analoge Einwand an, dass der Verklagte die Sache vom Kläger zur Bearbeitung oder Reparatur, zum Transport, zur Pflege und Aufbewahrung empfangen habe, und dass demgemäss ebenso wie beim Pfande der Kläger nicht eine unbedingte Rückforderung, sondern nur eine Einlösungsbefugniss habe

---

18) Vgl. v. Meibom Pfandrecht S. 306 ff. Auch an Grundstücken, die nicht gerichtlich versetzt, jedoch dem Gläubiger übergeben waren, hat derselbe ein Retentionsrecht. Lüb. R. bei Hach Abth. IV. c. 85. (S. 583). Lüb. Erk. bei Michelsen Oberhof Nro. 160.

19) Nach der Fassung des System. Sch. R. V. 5. und des oben Note 14. citirten Prager Urtheils war die Erhärtung der Schuldsumme der wesentliche Bestandtheil des Eides; das schliesst natürlich nicht aus, dass der Eid des Verklagten die Formel haben konnte, die Sache sei ihm für so und so viel vom Kläger verpfändet worden.

20) v. Meibom a. a. O. S. 307.

gegen Zahlung von Lohn, Kosten und Auslagen. Dass auch in diesem Falle der Verklagte das Recht hatte, die Höhe seiner Forderung mit seinem Eide festzustellen, so weit nicht die Höhe des Lohnes nach Herkommen oder Statutarrecht fixirt war, ergiebt sich aus der jedem Retentionsgläubiger zustehenden Befugniss. Nur wird bisweilen dem Handwerker versagt, das Retentionsrecht für andere Forderungen als den ihm gebührenden Arbeitslohn an den ihm anvertrauten Gegenständen geltend zu machen.

Lüb. Recht bei Brokes. Cod. II. Art. 332 [21]). *Werdt enem minschen ware tho makende gedaen, idt sy schroder ofte wever efte ein ander amptman, dat gudt, dat em tho makende gedaen is, dat mach he nicht . . . sik sülven tho sweren vor ein pand hoger den sin loen.*

IV. Abschnitt. Klage auf Uebergabe angeschaffter Mobilien.

§ 20. Klage, Einreden und Beweisrecht.

Ueber die gerichtliche Geltendmachung vertragsmässig begründeter Ansprüche auf Auslieferung von Mobilien enthalten die Rechtsquellen des Mittelalters nur spärliche Notizen. Für Klagen dieser Art bot sich selten Veranlassung. Ob die Erfüllung von blossen Schenkungsversprechen überhaupt gerichtlich erzwungen werden konnte, ist mindestens zweifelhaft [1]). Tauschverträge pflegten Zug um Zug erfüllt zu

---

21) Cod. III. Art. 273. bei Brokes. — Hach S. 494.

1) Es war zwar die Gültigkeit und Klagbarkeit aller Verträge die Regel; aber dazu gehörte natürlich die Perfection des Vertrages. Ein aussergerichtliches Schenkungsversprechen scheint nicht als ein definitiver und bindender Willensact aufgefasst worden zu sein, sondern nur als Bekundung einer Absicht, einen Liberalitäts-Act vornehmen zu wollen. Erst durch Hingabe der versprochenen Sache oder Summe wird daraus ein Rechtsgeschäft. Die Quellen kennen für die Schenkung nur die Bezeichnungen *gift* oder *gabe*, also Worte, welche nur auf vollzogene

werden. Das Gleiche war beim Kauf und anderen auf Anschaffung von Mobilien gerichteten Geschäften die Regel[2]). Die nachträgliche Erfüllung wurde wol dem Käufer gestattet, dem man den Kaufpreis creditirte; der umgekehrte Fall aber, dass der Käufer die Waare vorausbezahlte und sie in Händen des Verkäufers liess, entsprach weder den Sitten noch den Bedürfnissen des Verkehrs[3]). Höchstens für kurze Zeit blieb die Sache in Verwahrung des Verkäufers, wenn der sofortige Empfang derselben für den Käufer unbequem oder unthunlich war. So lange aber keiner von beiden Theilen erfüllt hatte, war man geneigt, die Verabredungen der Parteien nur für Vorverhandlungen, nicht für definitive Vertragsfestsetzungen zu erachten, wofern nicht durch Zahlung einer Draufgabe, eines Gottespfennigs, durch den Weinkauf oder durch Erklärungen vor den Leikaufsleuten oder vor Urkundspersonen die Perfec-

---

Schenkungen passen und die Parömie donner et retenir ne vaut enthält einen gewiss auch für Deutschland und bei Schenkungen unter Lebenden gültigen Rechtssatz. Vgl. Stadtr. v. Dortmund § 17. (Gengler Cod. jur. municip. I. p. 875. Dreyer Nebenstunden S. 421). Kl. Kaiserrecht II. c. 36. Eine Nachwirkung der deutschrechtlichen Auffassung zeigt sich im heutigen Recht darin, dass fast alle Particularrechte eine Klage auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens ohne Rücksicht auf die Grösse nur zulassen, wenn es in bestimmten Formen ertheilt ist, welche an der Absicht, sich wirklich und definitiv zu verpflichten, keinen Zweifel lassen. Preuss. Landr. I. 11. § 1063. Oesterr. Gesetzb. § 943. Code civ. art. 894. 931. Sächsisches G. B. § 1056. Vergl. Unger Oesterr. Privatr. II. S. 205. Förster Theorie und Praxis des Preuss. Privatr. II. S. 20.

2) Manche Quellen, z. B das Prager Stadtr. Art. 13. 14. verbieten den Kauf auf Credit ganz; andere begünstigen die Klage des Verkäufers der gegen Baarzahlung verkauft hat, durch strenge Execution und schleuniges Verfahren, z. B. Goslar. Stat. S. 77. Z. 9. S. 78. Z. 18. S. 80 Z. 5. Ueberdies hat der Verkäufer ein Rücktrittsrecht wegen Verzuges des Käufers. Stobbe Vertragsr. S. 33. 277.

3) Schon der Verdacht wucherlicher Absicht stand einem solchen Geschäfte entgegen; man denke an das Verbot, Früchte auf dem Halme zu kaufen. Vergl. Lüb. Recht (Hach) IV. c. 10. Neumann Geschichte des Wucherverbotes S. 100 ff.

tion des Vertrages constatirt wurde [4]; und selbst dann liess man bisweilen noch ein Rücktrittsrecht vom Vertrage zu [5].

Für die prozessualische Gestaltung von Ansprüchen aus einem Kaufvertrage ergeben sich folgende Regeln:

Die Verpflichtung des Verkäufers den Kauf zu halten, beruht auf einem Gelöbniss desselben [6]. Einer schlichten Klage gegenüber kann daher der Verkäufer sein Versprechen eidlich ableugnen. Nach dem Prinzip des Sachsenspiegels kann dieser Eid ihm nur durch Gerichtszeugniss verlegt werden, was bei Prozessen um Mobilien gewiss nur höchst selten möglich war. Nach den stadtrechtlichen Quellen ist dagegen dem Kläger der Zeugenbeweis über den Abschluss des Kaufvertrages durch Leikaufsleute oder durch andere beim Vertrage zugezogene Urkundspersonen gestattet [7].

Zwar scheint der entgegengesetzte, mit dem Rechte des Sachsenspiegels übereinstimmende Grundsatz ausgesprochen zu sein im

---

4) Stobbe Vertragsr. S. 50 ff.

5) Stobbe a. a. O. S. 54. 55. Vergl. noch Gerichtsleufft zu Eisenach c. 66. 67. (Purgoldts Rechtsb. III. 42. 43).

6) So heisst es im Hamburger Stadtr. v. 1270. VI. 14. ausdrücklich *so wat een man dem anderen lovet ... it sy an kope, it sy an huse unde in allen dingen.* Vgl. Sachsensp. I. 9. § 1. 2. Richtsteig Landr. 19. § 3.

7) Stobbe a. a. O. S. 109. Auch Verdener Statuten c. 75. (Pufend. Obs. I. App. p. 103) bezieht sich auf diesen Fall. *So jemand ware tho markede bringet tho verkopen und ein ander sedde mit slichten worden, he hedde öhme de ware affgekofft, de verkoper averst versakede dat, de ware schall he ohme wedder antworden, de koper mochte den vollenkamen mit tügen, dat he ohme de ware hedde affgekofft.* Wegen des Wortes *wedderantworden* könnte man die Stelle von dem Falle verstehen, dass dem Käufer die Sache bereits tradirt worden ist und der Verkäufer sie zurückfordert. So Stobbe S. 110. Mit dem Wortlaute ist es wol aber besser vereinbar, sie darauf zu beziehen, dass der Käufer die auf dem Markte ausgebotene Waare nur zum Zweck des Besichts in die Hand genommen hat. — Bei feilgebotenen Fleischwaaren und Fischen wird dies bei einer Strafe von

Systemat. Schöffenrecht V. c. 1.[8]) *Bekennyt eyn man des, das her synen gotispfennyng gegeben habe uf eynyn kouf, zo sal er den haldin; vorsachit her abir des, man sal en czu syme rechte komyn lazin; wenne noch meydeburgischim rechte en mag man keyn man obirczugin in so getanen sachen.*

Allein die Stelle hat wol den Sinn, dass so lange nicht durch Zahlung eines Gottespfennigs oder eines andern Symbols der wirkliche und definitive Abschluss des Kaufvertrages Seitens der Parteien constatirt ist, jeder Theil beschwören darf, er habe sich noch nicht gebunden, so dass also ein Zeugenbeweis nicht zulässig war über Erklärungen einer Partei, die wol als definitive Verpflichtung Seitens der Zeugen verstanden werden konnten, von der Partei selbst aber nur als Offerte gemeint waren[9]). Würde man die Stelle anders verstehen, so würde man genöthigt sein, für den Kauf eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip über den Beweis von Verträgen nach Magdeb. Recht anzunehmen, für welche weder in der Natur der Sache ein Grund noch in anderen Rechtsquellen eine Bestätigung zu finden ist.

Dasselbe Prinzip, welches für den Beweis des Vertragsabschlusses selbst gilt, kömmt auch hinsichtlich der Modalitäten des Vertrages, insbesondere über das Quantum der verkauften Waare, über die Identität des Kaufobjects und über die Höhe des Kaufpreises zur Anwendung[10]). Die Leikaufsleute oder die bei Zahlung der Arrha, des Gottespfennigs oder des Weinkaufs zugezogenen Zeugen werden über den Streit-

---

4 sol. verboten im Dortmunder Stadtr. § 34. (Gengler Cod. jur. munic. I. p. 876. Dreyer Nebenstunden. S. 423).

8) Bei Böhme Diplom. Beitr. VI. S. 121. al. 5. und S. 140. al. 3.

9) Vergl. Lüb. Recht Cod. I. 72. Hamburger Stadtr. v. 1270. VI. 27, 1.

10) Ein Beispiel bietet Systemat. Schöffenr. V. c. 21.

punkt vernommen[11]); in Ermanglung eines derartigen Beweismittels muss allgemeinen Grundsätzen gemäss der verklagte Verkäufer zum Eide gelangen.

Ist es unter den Parteien streitig, ob der Kläger seinerseits den Kaufvertrag durch Zahlung des Kaufpreises bereits erfüllt habe, so kann nicht, wie Stobbe S. 109 annimmt, die Analogie des Darlehns entscheiden, sondern, wenn der Abschluss des Kaufvertrages feststeht, müssen die allgemeinen Grundsätze von der Zahlung zur Anwendung kommen so dass also auch nach dem Beweissystem des Sachsenspiegels der Käufer (Kläger) den Beweis der Zahlung selbdritt zu führen berechtigt ist. Für das Stadtrecht ist dies insofern von Bedeutung, als der Beweis der Zahlung nicht mit den Leikaufsleuten geführt zu werden braucht; es genügen zwei Wissenszeugen[12]). Die gleichen Grundsätze müssen Anwendung finden, wenn der Verklagte behauptet, die verkaufte Sache dem Kläger bereits übergeben zu haben.

Wendet der Verkäufer ein, dass die verkaufte Waare zu Grunde gegangen oder ihm abhanden gekommen oder von ihm anderweitig veräussert worden, überhaupt nicht mehr in seinem Besitze ist, und erhärtet er dies im Bestreitungsfalle durch seinen Eid[13]), so kann die Klage um die Sache selbst nicht durchgeführt werden, sondern der Käufer kann nur unter Umständen eine Klage um Schaden erheben. Wenn der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, so ist nach der Anschauung des Mittelalters für ihn auch kein Schaden erwachsen, dessen Ersatz er beanspruchen könnte. Der Kaufvertrag fällt zusammen; weder der Verkäufer kann Bezahlung des Kaufpreises für eine Waare fordern, die er nicht liefert, noch

---

11) Altdithmars. Landr. § 38. bei Stobbe S. 53. ... „*alle koep schal stan by den winkopes luden und de darover wesen hebben*“.

12) Vgl. Freiberger Stat. 49, 37. Schott III. S. 285.

13) Der ihm durch leibliche Beweisung verlegt werden kann.

der Käufer Ersatz für den ihm durch Nichtlieferung entgehenden Gewinn. Ist dagegen der Kaufpreis bereits bezahlt worden, die Sache aber in Händen des Verkäufers zurückgeblieben, so trifft denselben die gleiche Haftung wie den Depositar. Die Sache ist ihm „zu behalten gethan" d. h. zur Aufbewahrung übergeben; der Verkäufer muss daher den oben S. 66 fg. entwickelten Regeln gemäss den Eid leisten, dass er an dem Untergang oder Verlust der Sache unschuldig sei [14]), oder er muss ihren Werth ersetzen [15]).

---

14) Daher enthält der Eid auch hier die Formel, dass der Verkäufer eigenes Gut mit verloren habe. Stobbe S. 280.

15) Vergl. Brünner Schöffenbuch c. 303. Eine Einwirkung des Römischen Rechts hier anzunehmen mit Weiske Zeitschr. f. Deutsch. R. XIV. S. 138 und Stobbe S. 284, ist nicht nothwendig.

Drittes Capitel.

Die Klagen um Immobilien.

I. Abschnitt. Allgemeine Lehren.

§ 21. Die Parteirollen.

Während bei den Prozessen um Geldschuld und um fahrende Habe sich Klagen-Substanzirung und Einrede leicht und scharf unterscheiden lassen, ist bei den Prozessen um Immobilien dies nicht in allen Fällen möglich. Denn die Parteirollen sind weder durch bestimmte thatsächliche Umstände, noch durch rechtliche Voraussetzungen gegeben[1]). Es giebt allerdings Fälle, in denen eine Partei eingestandenermassen eine Aenderung des bestehenden thatsächlichen Verhältnisses verlangt und zur Erreichung derselben die Mitwirkung des Gerichtes in Anspruch nimmt, z. B. wenn der Käufer die Uebergabe des verkauften Grundstücks fordert; in solchen Fällen sind die Parteirollen fest geschieden. Es giebt aber auch zahlreiche Fälle, in denen eine Partei oder jede von beiden Parteien nur die Anerkennung eines Rechtes, in dessen Ausübung sie sich bereits befindet oder zu befinden behauptet oder in der sie widerrechtlich gestört worden ist, verlangt, theils um dadurch erhobene Gegenansprüche und Besitzstörungen zu beseitigen, theils um für die Zukunft gegen Besitzstörungen und Anfechtungen sicher zu sein. In diesen letzteren Prozessen ist der Zweck des Verfahrens nicht die Con-

---

1) Vgl. auch Bruns Recht des Besitzes. S. 230.

demnation des Verklagten zur Herausgabe des Grundstücks an den Kläger und die event. Execution dieses Urtheils, sondern der Zweck ist das Friedewirken, d. h. die gerichtliche, solenne Anerkennung des rechtmässigen Besitzes der siegreichen Partei und die Sanction dieses Besitzes durch Androhung der Friedensbruchsstrafen für die Störung desselben[2]). Diese Prozesse haben demnach einen Charakter der Duplicität, wie ihn Geldschuld-Prozesse und Prozesse um Mobilien niemals haben können. Beide Parteien suchen dem Gerichte gegenüber theils den thatsächlichen Besitz des streitigen Rechts theils den rechtmässigen Erwerb desselben darzuthun, ohne dass die Parteirollen specifisch von einander geschieden sind. Das Gericht erkennt, welcher von beiden Parteien der rechtmässige Besitz in Wahrheit zustehe; es verordnet demnach nicht die Erfüllung eines Anspruchs, sondern sanctionirt einen thatsächlichen, wenngleich bisher bestrittenen oder zweifelhaften Zustand. In diesem Sinne sagen die Quellen von jeder von beiden Parteien, dass sie das Gut behalte, wenn sie ein siegreiches Urtheil erstreitet.

Mit dieser Duplicität des Rechtsstreites stimmt es überein, dass die Contumazialfolgen den Kläger ebenso treffen, wie den Verklagten; d. h. der Besitzer entgeht nicht blos einer Verurtheilung, sondern er erlangt ein Urtheil, welches dem Gegner seinen Anspruch entzieht,

Richtst. Ldr. 20. A. § 1. *N. biddet aver umme en recht tu vragende: na demale dat he hir besceiden is umme sin benomede gut unde de hir jegenwardich stan de up dat gut gesaket hebben unde nicht en spreken, wedder he unde sin gut erer ansprake scal loz sin. Dat vintme. So biddet N. umme enen vrede to werkende mit rechte over sin gut, dat he hir vor gerichte gewunnen heft.*

---

2) Berend Stendaler Urtheilsbuch. S. 4. 5.

Sächs. Lehnr. 66. § 4. *Svelk ir dar nicht ne kumt, die . . . hevet dat gut verloren unde jene hevet it behalden, die dar kumt.*

Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt sich auch der Umstand, dass die Quellen so häufig vom Kläger oder von beiden Parteien sagen, sie sprechen das Gut mit der Gewere an[3]).

Während bei der Röm. Vindication der nichtbesitzende Eigenthümer Kläger, der besitzende Nichteigenthümer Verklagter sein muss, ist dem zu folge im Deutschen Prozess um Grundstücke der Besitz für die Vertheilung der Parteirollen nicht massgebend. Zwar sagt der Richtst. Landr. 26. § 3

Ir ander kunst is, oft se enen wol tu dache laden, alse he kumpt, so vorbut sic jene unde wil, dat me up in clage unde wilt dar vor hebben, dat me jo deme de were deile, de dar antwerdet, unde secht, hebbe gi de were, wes clage gi denne.

Darnach scheint es, dass der Besitzer die Rolle des Verklagten hat. Allein der Sinn dieses „Kunstgriffes" ist ein anderer, wie sich aus dem Zusammenhange ergiebt. Wer ein Gut, das ein anderer besitzt, sich anmasst und den Besitzer vorladen lässt, gebraucht die List, am Termin dem Besitzer die Initiative der Klage zu überlassen, um ihn zu dem Anerkenntniss zu verleiten, dass der Gegner im thatsächlichen Besitze sei, und auf Grund dieses Anerkenntnisses beansprucht er dann die prozessualischen Vortheile, welche die Gewere giebt. Der Richtsteig lehrt aber, wie man diesem Kunstgriff begegnen kann[4]). In Wirklichkeit beweist die Stelle des Richtsteigs demnach nicht, dass der Besitzer immer die Rolle des Verklagten hat, sondern im Gegentheil, dass es etwas Un-

---

3) z. B. Sachsensp. II. 43. § 1. Richtsteig Ldr. 16. § 1. § 6. Richtst. Lehnr. 29. § 2. 3.

4) Vgl. über diese Stelle Delbrück Zeitschr. f Deutsches Recht. Bd. XIX. S. 101.

erhebliches und fast Zufälliges ist, ob der wirkliche Besitzer klagt oder verklagt wird. Wir können demnach bei der Darstellung der Prozesse um Grundstücke nicht Klagen-Substanzirung und Einrede-Substanzirung im prozessualischen Sinne unterscheiden, sondern nur Prozessbehauptungen und Gegenbehauptungen einander gegenüberstellen. Dessen ungeachtet bezeichnen wir im Folgenden der Kürze wegen öfters den Besitzer als Verklagten, da er der Natur der Sache nach in der Regel keine Veranlassung haben wird, den Prozess zu beginnen.

§ 22. Die Gewere an Immobilien.

Schon bei flüchtiger Durchsicht der mittelalterlichen Rechtsquellen kann es Niemandem entgehen, dass für die Behandlung der Prozesse um Grundstücke und Immobiliarrechte der Umstand von besonderer Wichtigkeit ist, ob eine Partei sich auf die Gewere am Streitobject stützt oder nicht. Gleichviel welche Ansicht man über das Prinzip hat, auf welchem der Einfluss dieses Umstandes beruht, und über die Wirkungen, in denen er sich äussert: zweifellos und unbestreitbar ist es, dass die Berufung einer Partei auf ihre Gewere jedenfalls von Erheblichkeit ist. Es ist daher zunächst erforderlich zu untersuchen, was die mittelalterlichen Rechtsquellen unter der Gewere an Immobilien verstehen.

Wir können es dahin gestellt sein lassen, ob der Ausdruck *gewere* in den mittelalterlichen Quellen die technische Bedeutung von Besitzrecht habe. Wir glauben dies verneinen zu müssen; aber auch, wenn man sich für die entgegengesetzte Ansicht erklärt, die ja die allgemein verbreitete ist, wird man unbedenklich zugeben, dass, wenn im Prozess eine oder beide Parteien sich auf die Gewere berufen resp. ihre Gewere beweisen, dies den Sinn von Besitzrecht nicht haben kann, sondern factischen Besitz, Ausübung eines Rechts, bedeuten muss. Denn über das Recht zum Besitz wird ja gestritten; der Zweck

und das Endziel des Prozesses ist es ja festzustellen, welcher von den streitenden Theilen das Besitzrecht hat; es kann daher nicht das Besitzrecht als factisches Moment von den Parteien geltend gemacht, sondern es muss vom Richter durch Urtheil zuerkannt werden.

Sodann werden die folgenden Erörterungen zahlreiche Beläge dafür geben, dass ein Beweis über ein allgemeines (formales) Besitz**recht** niemals vorkömmt; der Beweis ist vielmehr immer nur gerichtet entweder auf die Thatsache des Besitzes oder auf ein ganz bestimmtes, materielles Recht. Insbesondere kömmt diejenige Partei, welche die Gewere hat, in vielen Fällen zum Beweise darüber, dass das von ihr besessene Grundstück ihr Eigen, ihr Lehn, ihr Zinsgut, ihr Leibzuchtsgut, ihr Satzungsgut sei. Das Wort Gewere kann daher in diesem Zusammenhange nur die **factische Ausübung** eines concreten, materiell bestimmten Besitzrechtes bedeuten.

Wenngleich aber unter Gewere nur factischer Besitz zu verstehen ist, so ist dies keineswegs identisch mit unmittelbarer körperlicher Detention.

Der Begriff des Besitzes an Mobilien und Immobilien ist nicht ganz derselbe. An Mobilien findet ein Besitz nur statt, so lange sie der unmittelbaren physischen Herrschaft unterworfen sind, namentlich also so lange man sie in seiner Wohnung oder in Haus und Hof hat[1]) und deshalb jeder Zeit thatsächlich auf sie einwirken und die thatsächliche Einwirkung eines Andern ausschliessen kann. Daher wird schon durch Depositum und Commodat die Gewere an Mobilien aufgegeben[2]).

---

1) Der Ausdruck „*in siner were haben*" deutet diesen Zusammenhang durch seinen Doppelsinn schön an; er kann eben so wohl „in seinem Hause haben" als „in seiner Detention haben" bedeuten.

2) Auch die heutige Sprache hat diesen engen Begriff der Gewere an Mobilien in der Bedeutung des Wortes „Gewahrsam" conservirt.

An Immobilien ist eine so intensive Ausübung des Besitzes einerseits kaum möglich, indem es in der Regel nicht durchführbar ist, Grundstücke vor der thatsächlichen Einwirkung, z. B. dem Betreten, Beackern, Abernten, Anderer wirksam zu schützen; andererseits ist eine unmittelbare und ausschliessliche physische Herrschaft für den Begriff des Besitzes nicht erforderlich. Das characteristische Merkmal des Besitzes an Grundstücken und Immobiliarrechten ist vielmehr die Nutzung [3]). Dies wird in den Quellen überaus oft ausdrücklich, theils allgemein theils in einzelnen Anwendungen bestätigt.

Ganz allgemein definiren die Gewere

Richtsteig Landr. 26. § 6. *So vrag we an de gude tu rechte were hedde. So vintme, de it in nut und in gelde hebbe.* Vergl. auch Richtst. Landr. 21. § 4.

Richtsteig Landr. 29. § 7. *eine hebbende were, dat is dat du de nud darut borest.*

Daraus folgt, dass dem Eigenthümer von Grundstücken der Besitz an denselben nicht nur dann, wenn er sie in eigener Bewirthschaftung hat, zugeschrieben wird, sondern ebenso wenn er Hintersassen darauf hat, die ihm Zins oder Frohnden leisten, gleichviel ob sie nach Hofrecht, nach Lehnrecht oder nach Landrecht das Gut inne haben, gleichviel ob sie Unfreie sind oder Liten oder freie Hintersassen. Ein Blick in jedes beliebige Urkundenbuch beweist die Richtigkeit dieser an und für sich natürlichen und bei der Anhäufung massenhaften Grundbesitzes in den Händen der Kirchen, Klöster und Magnaten ganz unentbehrlichen Auffassung. Der Besitz der Grundstücke konnte ja oft gar nicht anders ausgeübt, das Grund-

---

3) Vergl. die zahlreichen Stellen, welche Stobbe Gewere S. 450 fg anführt. Sehr oft wird die Gewere in den Prozessbehauptungen der Parteien ausdrücklich als *geniesliche gewere* bezeichnet; vgl. z. B. Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 221. 224. Z. 1. 228. 348. u. v. a.

stück in gar keiner anderen Weise *in nut und gelde gehalden* werden, als dass man es Jemandem gegen gewisse Leistungen übertrug.

Einzelne Anwendungen dieses Prinzips sind folgende:

Der unmittelbaren physischen Innehabung steht es am nächsten, wenn der Besitzer den Besitz durch einen Beamten oder einen Knecht ausüben lässt, der für sich selbst gar kein Recht auf den Besitz beansprucht, sondern lediglich als Stellvertreter des Herrn das Grundstück inne hat; so wird z. B. der Besitz an einem Landgut durch einen Amtmann[4]), an einer Burg durch einen Wächter[5]), an einer Zollgerechtigkeit durch einen Zolleinnehmer u. s. w. ausgeübt[6])

Aber auch wenn der Detentor im eigenen Interesse das Grundstück inne hat, wird sein Besitz einem Andern zugerechnet, wofern der letztere für die Einräumung des Grundstücks ein Aequivalent erhält, das Grundstück ihm also einen Ertrag abwirft. Daher wird der Besitz an einem Grundstück durch Vermiethung oder Verpachtung nicht aufgegeben.

Brünner Schöffenb. c. 125. *Si homo hereditatem suam alteri locavit, ad respondendum de tali hereditate non ille, qui eam convenit* (d. h. der Pächter), *sed qui hereditatis possessor est proprius, ad judicium est citandus*[7]).

Ebenso wird demjenigen, der ein Grundstück gegen Erbzins ausgethan hat, der Besitz am Grundstück zugeschrieben, so lange er den Zins erhebt[8]).

---

4) Sächs. Lehnr. 62. § 1.

5) Sächs. Lehnr. 72. § 10.

6) Vgl. auch Sachsensp. I. 54. § 3. *de herre oder sin bode, de dat lant bestadet.* Distinct. II. 4. d. 1. *der herre ader sin bote, der sin brodesse ist.*

7) Frankfurter Bacul. jud. 32. (Thomas Oberhof S. 233) ... „*die das erbe under handen hetten vor sich selbs oder es andern eyn zyt verlüen hetten*".

8) Auch an das ältere Recht darf hier erinnert werden, welches bei Precarien, sowohl bei datae als oblatae, dem Eigenthümer den factischen

Vetus auct. de benef. *I.* 40. *si quis agri censu accipit, constat quod in illo possessio sua sit.*

Sächs. Lehnr. 14. § 1. *Swie so it in nut und gelde hevet und den tins darut nimt . . . die hevet die gewere daran.*

Richtst. Lehnr. 29. § 2. *So vrage de here, we da denne de rechte were an hebbe. So vindme, de den tins darut boret*[9]).

Auf demselben Grunde beruht es, dass, wenn man Jemandem ein Gut von Todes wegen zuwenden, dasselbe aber bei Lebzeiten ihm nicht übergeben will, man ihm einen Zins daran constituiren muss, wenn ihm die Gewere daran verschafft werden soll.

Schwäb. Landr. 22. *Ist daz ein man sinem friunde gut schaffen wil nach sime tode . . . . und wil her imz gar stete machen, so setze her im einen zins darus, damit hat er di gewer.*[10])

Besitz, den er durch den Precaristen ausübt, zuschrieb. Es spricht sich dies theils aus in den, einen selbständigen, in eigenem Namen ausgeübten Besitz des Precaristen ausschliessenden Bezeichnungen commendare (Rozière Form. 321. 329. 342. 343. 349), per precariam repraestare (Rozière 330. 2.; 338. 2.; 361. 2.), ad beneficium excolere permittere (Rozière 328.), in usu beneficii concedere (Roz. 331. § 2.) u. dgl, theils der fast in allen Precarienbriefen wiederkehrenden Clausel, dass bei Beendigung der Precaria das Gut an den Eigenthümer zurückfalle absque ullius expectata traditione vel judicum consignatione aut heredum repetitione (Rozière Nro. 319 sqq). Vgl. Roth Feudalit. und Unterthanverband S. 172. Der Besitz äusserte sich in der Erhebung des Zinses, welcher selbst bei precariae oblatae niemals fehlte, wenngleich er bisweilen einen nur unbedeutenden Betrag hatte.

9) Vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 403. 404.

10) Mit der Berücksichtigung dieses Umstandes erledigt sich auch die wichtige theoretische Controverse, ob der Zinsberechtigte eine Gewere am zinspflichtigen Gute oder nur eine Gewere am Zinsrecht habe. Für beide Ansichten hat man zahlreiche Belege aus den Quellen beigebracht und es ist dies sehr natürlich. So lange nämlich das Obereigenthum als wirksames Recht bestand und im Bewusstsein der Parteien war, ist

Eine besonders wichtige Anwendung findet die Ausübung des Besitzes durch die Erhebung von Prästationen, oder wenn man lieber will, die Zurechnung des Besitzes eines Andern, im Lehnrecht. Nicht nur der Vassall hat den Besitz des Lehnguts, sondern auch der Lehnsherr, welcher Leistungen in Kriegs- und Hofdiensten oder in Abgaben empfängt, hat zweifellos die Gewere.

Sächs. Lehnr. 7. § 3. *Swelk herre en gut liet sinen manne, dar mede n'is ime de gewere nicht gevernet iegen sinen herren, of ime sin herre des gudes nicht bekant, so doch sin man von sinenthalven dat gut in geweren hadde.*

Sächs. Lehnr. 38. § 2. *Al hevet die man it gut in sinen geweren mit der nut, darumme n'is sime herren die lenes gewere deste vernere nicht.*

Sächs. Lehnr. 59. § 2. . . . *man verdelt ime al ansprake daran, durch dat he der gewere darvet unde sie nieman von ime to lene ne hevet*[11]).

Andererseits hat der Eigenthümer die Gewere an seinem Grundstücke nicht, so lange eine Satzung alter Art

---

Zinserhebung das Mittel, durch welches der Obereigenthümer den Besitz an seinem Grundstücke ausübt, ohne dass der Inhalt seines Rechts dadurch erschöpft wäre; sobald aber das Obereigenthum sich zu einem blossen Zinsrecht verflüchtigte, wie dies namentlich in den blühenden Handelsstädten eintrat, oder wenn der Zins gar nicht den Character eines wirklichen Grundzinses, sondern den einer Rente oder einer Abgabe aus der Vogtei u. dgl. hatte, so konnte der Zinsberechtigte auch nur eine Gewere am Zinsrecht haben. Der Zins ist im ersten Fall Mittel, im zweiten Object der Besitz-Ausübung. Vgl. Arnold Geschichte des Eigentums. S. 79 ff 141 ff.

11) Vgl. Sächs. Lehnr. 59. § 3. Richtst. Lehnr. 23. § 2. Auch Stobbe Gewere S. 465 fg. hat ganz richtig erkannt, dass man dem Lehnsherrn nicht eine besondere juristische Gewere zuschreiben darf, sondern dass er den Besitz des Vassallen, der seine Gewere von ihm ableitet, sich zurechnen kann. Nur hat er das allgemeine Prinzip, aus dem sich dies als blosse Consequenz ergiebt, nicht ausgesprochen.

daran besteht, weil ihm das Gut in dieser Zeit nichts bringt.
Eine Frau, der an einem Grundstück ein Leibzuchtsrec
bestellt ist, erwirbt die Gewere desselben erst mit dem T
ihres Ehemannes[13]), während wieder der Erbe des Mannes
dem Grundstück keine Gewere hat, so lange die Wittwe
als Leibzuchtsgut besitzt[14]). Der Vassall verliert die Gewe
nicht, wenn er das Gut als Lehn oder Zinsgut weiter verlei
wol aber wenn er es anderweitig aus seinem Besitz lässt[1]
Besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht der Richtstei
Lehnr. 17. ff. Die Gewere geben darnach die Vassallen au
wenn sie sich scheinbar gewaltsam aus dem Besitz setzen lasse
oder wenn sie das Gut verpfänden, oder es verkaufen, *dat dat se dat len hebben unde jene de nud* (20. § 1.). Wendet ab
der Vassall gegen den Vorwurf, das Gut aus seiner Gewe
gelassen zu haben, ein, der Erwerber habe das Gut als Zin
gut von ihm genommen, so ist dieser Einwand an und f
sich relevant und der Lehnsherr, der das Gut einziehen wi
kann ihn nur damit entkräften, dass er nachweist, die Ve
leihung zu Zinsrecht sei in dem concreten Falle aus rechtl
chen Gründen (Sächs. Lehnr. 60.) unstatthaft. Richt
Lehnr. 20. § 4.

Das Deutsche Recht kennt sonach keinen Besitz, der b
animo ausgeübt oder fortgesetzt werden könnte, sondern

---

12) v. Meibom Pfandrecht S. 356.

13) Stobbe Gewere S. 454. Ferner Wasserschleben I. S.
c. 131. Die Frau behauptet, ihr Mann *habe ouch die lehn und ge
uff mich geerbit noch seyme tode alzo lipgedinges recht i*
Sch. U. v. Donyn, ebendas. I. S. 387.

14) Ein interessanter Rechtsfall, der in die alten Erfurter S
tuten als c. 15 aufgenommen worden ist (Walch Verm. Beytr. I. S.
bestätigt das ausdrücklich. Es wird hier von dem Erben, der vor
Leibzüchterin gestorben ist, gesagt: *abir in die gewere des h
quam he ni; denne he beite eines anevallis an deme hove, wann he
siner mutir tode solde an en zu rechte sin geerbit.*

15) Sächs. Lehnr. 59. § 1. 2.

muss durch thatsächliche Nutzung sich äusserlich manifestiren; aber er braucht nicht mit unmittelbarer Detention verbunden zu sein [16]).

An einem und demselben Gute können mithin mehrere Personen die Gewere haben, insofern einer sich die Gewere des andern zurechnen kann. Allein im Prozess um den Besitz des Grundstücks können sich niemals beide Theile in diesem Sinne die Gewere zuschreiben; denn die Zurechnung des Besitzes eines Andern setzt voraus, dass dieser das Recht des Herrn anerkennt, dass er selbst sein eigenes Besitzrecht von ihm ableitet. Entsteht daher ein Rechtsstreit um den Besitz des Gutes zwischen solchen Personen, so hat nur derjenige die Gewere, der das abgeleitete Recht hat und thatsächlich ausübt, also der Vassall gegen den Herrn, der Zinsmann gegen den Eigenthümer u. s. f. Dagegen dritten Personen gegenüber kann derjenige, der den Besitz einem Andern „*von sinet halven*" übertragen hat, diesen Besitz sich zurechnen und demgemäss Dritten gegenüber als Besitzer (d. h. als Inhaber der *hebbenden gewere*, nicht einer juristischen Gewere oder eines formalen Besitzrechts) auftreten. Daher gilt z. B. der untere Herr dem oberen Herrn gegenüber als Besitzer, *dor des willen, dat it sin man* (der Untervassall) *van siner wegen in geweren heft* [17]).

Wir können daher die Gewere an Grundstücken definiren, als die thatsächliche Ausübung eines Besitzrechtes, gleichviel ob dieselbe in der unmittelbaren physischen Detention oder in der Erhebung von Nutzungen besteht.

---

16) Der Ausdruck *ledichlike gewere* bezeichnet, dass der Besitzer unmittelbar detinirt, nicht den Besitz einem Andern übertragen hat, dessen Besitz er sich nur zurechnen kann. Sachsensp. II. 57. Vgl. Sächs. Lehnr. 14. § 1.

17) Richtst. Lehnr. 15. § 8. Vgl. ebenda 23. § 2.

In diesem Sinne ist es daher zu verstehen, wenn bei einem Prozesse um Grundstücke eine Partei sich auf ihre Gewere an dem Grundstück stützt.

§ 23. Das Prinzip für die Beweisvertheilung

Eine befriedigende Lösung der Frage, auf welchen Fundamentalsatz sich die Regeln für die Vertheilung der Beweislas bei Prozessen um Grundstücke zurückführen lassen, ist b jetzt noch nicht geglückt. Es stehen sich zwei Ansichten ei ander gegenüber, die nicht nur beide unrichtig sind, sonde die m. E. das Ziel so vollständig verfehlen, dass die Wahrhe was doch sonst bei theoretischen Controversen so häufig d Fall ist, auch nicht in der Mitte zwischen beiden liegt.

Die eine Ansicht, die die meisten Anhänger hat, beru auf dem Satze, dass zunächst diejenige Partei im Beweisrec vorgeht, die sich auf Gewere beruft und dass „überhaupt au jeder Ungleichheit der Behauptungen über die Gewere ei besseres Beweisrecht für die eine Partei erwächst [1]“, so das erst, wenn beide Parteien gleiche Gewere behaupten, de bessere Titel entscheidet [2]).

Es giebt nun allerdings einige Stellen, die ganz allgemeir demjenigen den Beweisvorzug ertheilen, der die Gewere hat oder die, falls beide Parteien die Gewere zu haben behaupten, das Hauptgewicht der Entscheidung auf den Beweis der Gewere legen. Allein man gelangt zu einer durchaus falscher Auffassung des mittelalterlichen Immobiliar-Sachenrechts und der sogen. dinglichen Klage d. h. der Klage um Grundstücke wenn man diese Stellen allein ins Auge fasst und aus ihnen allgemein gültige Regeln abstrahirt. Denn nothwendiger Weise muss es doch auch Fälle gegeben haben, in denen

1) Worte Homeyers Sachsensp. II. 2. S. 618.
2) Vgl. besonders Planck Zeitschr. f. Deutsches R. X. S. 284 ff.

Jemand ohne die Gewere zu haben, zum Beweisrecht und zum Siege gelangen konnte, weil er einen Anspruch erhob, dem gegenüber der Besitzer weichen und das Grundstück herausgeben musste. In solchen Fällen kann die Entscheidung doch lediglich von dem Beweise der Behauptungen der nicht besitzenden Partei abhängig gewesen sein; sonst wäre überhaupt jedes (dingliche oder persönliche) Recht an einem Grundstück, das nicht mit dem factischen Besitz verbunden war, ohne wirksamen Rechtsschutz gewesen. Die Quellen lassen auch darüber keinen Zweifel, dass diejenige Partei, welche die Gewere nicht hat, zum Beweise gelangen kann.

Vgl. z. B. Sachsensp. II. 24. § 2. *Darumme ne mut man niemanne mit rechte sine gewere afgetügen, jeneme die de gewere hevet, se ne werde ime afgewunnen dar he to antwerde si.*

In einer grossen Zahl von Stellen, die wir bei Erörterung der einzelnen Klagen anführen werden, wird derjenigen Partei das Beweisrecht zugesprochen, die die Gewere nicht hat. So z. B. grade in dem Cap. 29 des Richtsteig Lehnrechts, auf welches man sich vorzugsweise für jene Behauptung zu berufen pflegt. Im § 1. erklärt die verklagte Partei:

here dat gud to N. dat hebbe ik in lene unde in geweren und beansprucht auf Grund dieser Behauptung das Beweisrecht. Der Kläger frägt dagegen, ob jener nicht die Zeit der Verleihung angeben soll, und nachdem der Verklagte darauf erklärt hat *he hedde dat gehad ver weken unde en jar*, stellt er die Gegenfrage:

sint he dat hebbe gehad in sineme lene ene stunde unde ver weken unde en jar, eft sin len to rechte icht scole vorgan. Dat vindme.

Der eine Theil behauptet also Lehn und Gewere, der andere Theil behauptet nur Priorität der Beleihung, nicht zu-

gleich Gewere [3]), und dem letzteren wird das Beweisrecht zuerkannt.

In einem Prozesse, in welchem ein Kind sein väterliches Erbe fordert, wendet der verklagte Besitzer ein, er selbst habe das Gut geerbt und Jahr und Tag ohne Ansprache besessen u. s. w. Die Magdeburger Schöffen erkennen jedoch:

Also was dem Kinde von seyme vatere an erbe unde an erbeczins gut anirstorbin ist, dat ist das kind nehir czu behaldin, denne is ymant mit geczeuge entfremden moge, alleyne das Kind der were des gutes nicht enhabe, is en sey das B. an dem gute was gegeben sey vor gerichte, das her beweisen moge. [4]).

Also nicht die Gewere entscheidet über die Vertheilung des Beweisrechts, sondern die Behauptung des bessern Erbrechts.

Diese Beispiele mögen vorläufig genügen, um die Unzulänglichkeit des Satzes, dass die Berufung auf die Gewere an erster Stelle über das Beweisrecht entscheide, darzulegen; die folgenden Untersuchungen über die einzelnen Klagen und die bei ihnen zur Anwendung kommenden Beweisregeln werden den eigentlichen Beweis dafür in sich tragen.

Im Gegensatz zu der von Planck und Homeyer vertretenen und von den meisten Germanisten angenommenen Theorie lehren Andere, die Behauptung des stärkeren Rechts gebe das Beweisrecht und erst bei der Behauptung gleich starker Rechte entscheide die Gewere [5]). Dieser Satz kann

3) Im Richtst. Lehnr. cap. 29. § 1. wird der Fall behandelt, dass eine Partei einfache Gewere behauptet, im § 2 ff., dass beide Parteien gleiche Gewere behaupten, endlich im § 7., dass eine Partei rechte Gewere behauptet. Nur wenn man diese verschiedenen Fälle scharf auseinander hält, kann man zu dem richtigen Verständniss dieses lehrreichen, aber schlecht gefassten Capitels gelangen.

4) Bei Stobbe Beiträge S. 112. Nro. 40.

5) Vgl. insbesondere Hänel Beweissystem S. 182 ff.

einen doppelten Sinn haben und die Anhänger der Theorie schwanken zwischen beiden Bedeutungen hin und her, wozu der Satz leicht verführt. Man kann nämlich unter einem „stärkeren Recht" zwei ganz verschiedene Dinge meinen. Gewöhnlich versteht man den Ausdruck im abstracten Sinn und nennt dasjenige Recht das stärkere, welches objectiven Rechtsregeln gemäss mehr Befugnisse enthält, als ein anderes. In diesem Sinne kann man allenfalls eine Scala der Besitzrechte ihrem intensiven Gehalte nach aufstellen; Eigenthum ist ein stärkeres Recht als Lehn oder Leibzucht, Lehn ein stärkeres Recht als Erbpacht u. s. w. Dass die Rechtsregel in diesem Sinne genommen falsch ist, bedarf kaum einer ernstlichen Widerlegung. Dass der Besitzer eines Lehnguts, Leibzuchtsguts, Erbzinsgutes, Satzungsgutes dem nicht besitzenden Kläger gegenüber, der sich an dem Gute Eigenthum zuschreibt, in der Regel zum Beweise seines Besitzrechtes gelangt, gehört zu den unzweifelhaftesten Sätzen des Deutschen Rechts. Das Gegentheil ist mit geordneten Rechtszuständen auch kaum vereinbar. Selbst wenn beide Parteien sich die Gewere zuschreiben, ist, wie sich unten zeigen wird, die Regel nicht einmal richtig. Wenn es sich in concreto darum handelt, wer von beiden Theilen den Besitz eines Gutes zu beanspruchen habe, so kann grade dasjenige Recht, das seinem Inhalte nach das eingeschränkteste, also schwächste, ist, alle anderen Ansprüche auf den Besitz des Grundstücks ausschliessen. Der Eigenthümer hat gegen einen Vassallen, Erbzinsmann, Satzungsgläubiger, gegen eine Wittwe, die eine Leibzucht hat, ja gegen den Pächter und Miether, wofern die Rechte dieser Personen vollgültig constituirt sind, nicht nur kein stärkeres Recht, sondern überhaupt kein Recht auf den Besitz.

Versteht man jene Regel aber so, dass in jedem concreten Falle erst zu untersuchen ist, welche von beiden Parteien das — nach Massgabe der thatsächlichen Verhältnisse und der

auf dieselben anzuwendenden Rechtssätze — stärkere Recht behauptet und dass ihr hinsichtlich dieser Behauptung das Beweisrecht zukomme, so ist dies zwar in einer Beziehung ganz richtig, aber, so weit es richtig ist, keine Lösung der Schwierigkeit. Es versteckt sich hinter dieser Regel dann nur die Wahrheit, dass auch in Prozessen um Grundstücke diejenige Behauptung zum Beweise gestellt wird, welche für die Entscheidung des Streites nach Lage des concreten Falles relevant ist; ohne dass man aber ein Prinzip gewinnt, nach welchem man die Erheblichkeit einer Behauptung prüfen und feststellen kann. Es ist freilich sehr richtig, dass wenn eine Partei Thatsachen vorbringt, aus denen folgt, dass sie und nicht der Gegner zum Besitz des Grundstücks berechtigt sei, diese Thatsachen zum Gegenstande des Beweises gemacht werden müssen; das zu lösende Problem ist aber, wie die Behauptungen beschaffen und substanzirt sein müssen, damit von der Führung ihres Beweises die Entscheidung des Prozesses abhängig gemacht werde. Aber auch nur in dieser einen Richtung ist der Satz richtig, nämlich dass die Behauptung des besseren Rechts (d. h. der relevanten Thatsache) zum Beweise gestellt wird; unrichtig ist es dagegen, dass in allen Fällen diejenige Partei das Beweisrecht erhält, welche diese Behauptung aufstellt. Es tritt dies freilich sehr oft ein, es kann aber auch, wie wir bei Besprechung der einzelnen Klagen sehen werden, der Gegner befugt sein, die Behauptung durch seinen Eid resp. durch Gezeugniss zu widerlegen. O[illegible] das Eine oder das Andere eintritt, entscheidet sich nach dem thatsächlichen Inhalt der Behauptung, um deren Beweis e[illegible] sich handelt.

Um das Prinzip aufzufinden, aus welchem sich die Regel[illegible] über die Vertheilung des Beweisrechts ableiten lassen, ist [illegible] unerlässlich, in grösserem Umfange, als dies bisher geschehe[illegible] ist, die Zeugnisse der Quellen, welche Prozesse um Grun[illegible]

stücke betreffen, zu sammeln und den Inhalt der Beweisurtheile zu vergleichen. Man überzeugt sich sehr bald, dass es Fälle gab, in denen die Thatsache des Besitzes entscheidend war für das Beweisrecht, und dass andererseits in anderen Fällen die Gewere der Partei nichts half, sie vielmehr dem besseren Recht des Gegners weichen musste. Ob das eine oder das andere eintrat, hing von der Art und Weise ab, wie die nichtbesitzende Partei ihre Ansprüche motivirte. Die blosse Behauptung des Nichtbesitzers, ein Recht auf den Besitz der Sache zu haben, erscheint nur als ein Bestreiten der Behauptung des gegenwärtigen Besitzers, dass er selbst ein Recht auf den Besitz habe. Stehen sich zwei Parteien gegenüber, von denen jede behauptet, das streitige Gut gehöre ihr —, gleichviel welches Besitzrecht sie sich daran zuschreibt —, so hat die im thatsächlichen Besitz befindliche Partei ihr Besitzrecht zu erweisen. Wie der Gegner sein angebliches Besitzrecht erworben haben will, kömmt nicht in Betracht; es kömmt nur darauf an, dass die Partei, welche den Besitz bereits ausübt, ihr Recht auf den Besitz darthut. Dagegen kann der Kläger die Gewere brechen, sie abgewinnen, wenn er in positiver Weise darthut, warum der Besitzer verpflichtet ist, ihm den Besitz einzuräumen; sei es, dass der gegenwärtige Besitzer durch Rechtsgeschäft oder Delict dazu obligirt ist, sei es, dass derselbe sein Besitzrecht in hinfälliger, materiell unwirksamer Weise erworben hat. Der Kläger muss dann den Punkt darlegen, an welchem die Hinfälligkeit des vom Besitzer in Anspruch genommenen Rechts zu Tage tritt; er darf sich nicht darauf beschränken, das Recht des Besitzers zu bestreiten und sich selbst das Besitzrecht zuzuschreiben, sondern er muss das vom Besitzer sich zugeschriebene Recht widerlegen. Eine derartige Behauptung ist für die Entscheidung des Prozesses entscheidend und kömmt daher ungeachtet des Besitzes des Gegners zum Beweise.

Der Vortheil der Gewere besteht demnach nicht darin, dass sie unbedingt das Beweisrecht giebt; auch nicht darin, dass sie, wenn beide Theile sich das gleiche Recht am Grundstück zuschreiben, die Entscheidung liefert, wer vor dem andern den Vorrang habe. Dessenungeachtet ist sie prozessualisch von der grössten Bedeutung, indem sie die Gegen-Partei zu einer ganz andern Substanzirung ihrer Prozessbehauptungen zwingt, wenn sie ihr gegenüber das Beweisrecht erlangen will, als wenn sie selbst die Gewere hätte.

Die Richtigkeit dieses Prinzips wird sich an der Durchführung desselben bei den einzelnen Klassen von Prozessen um Grundstücke erweisen.

§ 24. Die Eintheilung der Prozesse um Immobilien.

Einen Ueberblick über die Klagen um Immobilien zu gewinnen und sie nach sachgemässen, den Rechtsgrundsätzen entsprechenden Gesichtspunkten zu classificiren, ist überaus schwierig. Die hier in Betracht kommenden Verhältnisse sind sehr viel verwickelter und vielgestaltiger als bei Mobilien und die Aussprüche der Quellen viel weniger klar. Durch die in der Literatur vorwiegend herrschenden Ansichten aber wird das Verständniss der Quellen noch überaus erschwert. Zum Theil sind es unrichtige oder wenigstens unklare Auffassungen von der Gewere, welche die Möglichkeit verschliessen, ein befriedigendes Bild vom Deutschen Immobiliar-Sachenrecht zu gewinnen; vorzugsweise hinderlich aber ist die weitverbreitete, auf einige missverstandene Stellen gestützte Ansicht von der sogen. Relativität der dinglichen Klage d. h. dass es den Klagen an einem bestimmten Fundament überhaupt fehle, es vielmehr nur darauf ankomme, welcher von den beiden streitenden Theile den relativ besseren Anspruch behaupte [1]).

---

1) Vgl. die Widerlegung dieser mit jedem gegliederten Rechtssystem unvereinbaren Theorie von v. Bar Beweisurtheil S. 139.

Von dem im vorhergehenden Paragraphen entwickelten Prinzip für die Fällung des Beweisurtheils lässt sich auch eine Eintheilung der Prozesse selbst gewinnen, da ja das Beweisurtheil der dominirende Bestandtheil des ganzen Prozesses war. Es gab Prozesse, in denen der Besitzer erhobenen Ansprüchen gegenüber zur Erhärtung seines Besitzrechts kam, und es gab Prozesse, in welchen dem Besitzer gegenüber eine gerichtliche Feststellung der auf Herausgabe des Grundstücks gerichteten Ansprüche stattfand. Bei jenen handelt es sich darum, den Besitz, in welchem man sich befindet, oder aus dem man mit widerrechtlicher Gewalt gesetzt worden ist, gegen Angriffe und Störungen zu vertheidigen und zu sichern; bei diesen, den Besitzer des Grundstücks zur Herausgabe desselben anzuhalten. Bei jenen sind nicht die Ansprüche des Nichtbesitzers Gegenstand contradictorischer Entscheidung und des Beweisverfahrens, sondern der Prozess betrifft nur die Feststellung des thatsächlichen Besitzstandes und das Recht des Besitzers auf den Besitz des Grundstücks; bei diesen ist der Besitz des Verklagten und das von ihm beanspruchte Recht unstreitig, der richterlichen Beurtheilung unterliegen nur die Ansprüche des nichtbesitzenden Klägers, welcher die Herausgabe fordert.

Man könnte die beiden Klassen von Prozessen um Immobilien bezeichnen als judicia retinendae vel recuperandae possessionis und als judicia adipiscendae possessionis; nur darf man sich durch diese Ausdrucksweise nicht zu dem Irrthum verleiten lassen, als hätte der mittelalterliche Prozess um Immobilien einen possessorischen Character im Sinne des römisch-canonischen Prozesses gehabt. Der Besitz allein giebt niemals den definitiven Ausschlag, selbst dann nicht, wenn er Jahr und Tag unangefochten bestanden hat; der Besitzer muss immer sein Recht zum Besitz angeben und beweisen. Das Urtheil ergeht nicht darüber, welche von beiden Parteien im

Besitz sich befindet, sondern darüber, welcher der Besitz mit Recht gebührt, und es hat, wenigstens regelmässig, nicht die Aufgabe provisorisch den Besitzstand zu reguliren und die Parteirollen für ein nachfolgendes Petitorium zu vertheilen, sondern definitiv das Recht am Grundstück der siegreichen Partei zuzusprechen.

Unerheblich für die Eintheilung der Klagen um Grundstücke ist es aber, welches Recht auf den Besitz die Parteien sich zuschreiben, ob Eigenthum oder ein abgeleitetes Recht, ob es einen dinglichen oder persönlichen Character hat.

Wir erhalten demnach, je nachdem die Behauptungen der Parteien substanzirt sind, zwei Hauptklassen von Prozessen um Grundstücke: Prozesse zur Erhaltung des Besitzstandes und Prozesse zur Gewinnung des Besitzes. Die erste Klasse zerfällt naturgemäss in zwei Kategorien; es kann nämlich unter den Parteien unstreitig feststehen, dass eine von ihnen den ausschliesslichen, nicht vitiösen Besitz hat; oder es kann dies bestritten sein, indem jede von beiden Parteien sich den rechtmässigen factischen Besitz zuschreibt. Die zweite Klasse lässt sich ebenfalls in mehrere Kategorien eintheilen nach der Art und Weise des Angriffs, den der Kläger gegen das Besitzrecht seines Gegners unternimmt. (Vgl. § 30.)

II. Abschnitt. Die Prozesse zur Erhaltung des Besitzstandes.

I. Unterabschnitt. Eine Partei ist im unbestrittenen Besitz.

§ 25. Grundsätze.

Die Bedeutung, welche wir den vorhergehenden Ausführungen zu Folge, der Gewere für den Prozess um Grundstücke zuschreiben, und die daraus sich ergebende Unterscheidung der Prozesse, steht im engsten Zusammenhang mit der eigenthümlichen Beschaffenheit der Deutschen Klage. Wir haben

oben bei der Darstellung der Klagen um Geldschuld den Gegensatz der schlichten Klage und der motivirten Klage hervorgehoben; wir haben darauf hingewiesen, dass eine Klage aus der einfachen Behauptung des Klägers bestehen konnte *dat N. em si sculdich* 10 *mark.* (Richtst. Landr. c. 7.)[1]; dass dagegen die Parteien auch positive Thatsachen angeben konnten, aus denen sich die Existenz resp. die Tilgung der Schuld ergab, und dass, während im ersten Fall der Verklagte einfach nein sagen und durch seinen Unschuldseid die Abweisung des Klägers erlangen konnte, im letzteren Falle das Gericht die nach der concreten Lage des Rechtsstreites relevante Behauptung zum Beweise stellte und von der Erbringung dieses Beweises den prozessualischen Sieg abhängig machte.

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich in ähnlicher Weise bei den Klagen um Immobilien. Es genügt an und für sich bei Erhebung der Klage die — in keiner Weise thatsächlich substanzirte — Behauptung, dass man an dem Gute ein Besitzrecht (Eigenthum, Lehn, Erbzinsrecht u. s. w.) habe.

Richtst. Landr. 27. § 1. *Claget en uppe gut und secht it si sin len, de ander secht it si sin egen.*

Richtst. Landr. 26. § 2. *Sculdege en, „dat he sik hebbe dines gudes edder egens underwunden“ unde bidde, dat men tur antwerde bide.*

Richtst. Lehnr. 29. § 1. *Here hier steit N. unde claget over N., dat he neme eme sin rechte len, dat he von iuwen gnaden heft to N. unde biddet rechtes gerichtes dorch siner clage willen.*

Bremer Ord. 187. bei Oelrichs S. 242. . . . *dar to sprac Alard, dat dat stucke ware sin echtlik eghen, also he des tut in de kumscop.*

---

1) Ebenso bei Klagen um Mobilien: *dat N. des sines icht hebbe.* Richtst. Landr. 11. § 3.

ebendas. S. 162. . . . *do sprak Hinrik Groningk: de wurd, dar de hantvesten van spreken, were zin, und bat, dat men H. Rithusen zo gud hadde, dat he eme entweke van ziner wurd.*

Eine nähere Darlegung des Erwerbes des behaupteten Rechts war zur Einleitung der Klage nicht nothwendig; der Verklagte musste auf eine solche Ansprache hin „antworten", wenn er nicht den Contumazialfolgen sich aussetzen wollte. Richtst. Landr. 23. § 2. und § 5. Der Verklagte brauchte jedoch seinerseits ebenfalls nur zu entgegnen, dass er ein Recht auf den Besitz des litigiösen Grundstücks habe, und ohne dass er den Erwerb seines Rechts näher darlegte, konnte er mit Rücksicht darauf, dass er sich in der Gewere des Grundstücks befindet, verlangen, zum Beweise seines Rechts verstattet zu werden.

Richtst. Landr. 26. § 4. *Clagestu denne so vraget he: her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat ic dat gut in minen hebbenden weren hebbe, oft ic mine were icht neger tu behaldende si, wen he se mi af tu winnende.*

Richtst. Lehnr. 29. § 1. *here, dat gud to N. dat hebbe ik in lene unde in geweren unde bidde enes ordels to lenrechte, eft ik des icht neger to beholdende si.*

Der Kläger konnte sich hierbei beruhigen und abwarten, ob der Verklagte im Stande sein werde, den ihm obliegenden Beweis zu erbringen. So wie aber bei Geldschuldklagen der Verklagte eine Auskunft darüber verlangen konnte, woher die vom Kläger erhobene Forderung komme, so konnte bei Prozessen um Grundstücke der Nichtbesitzer (Kläger) verlangen, dass der Besitzer zunächst angebe, wie er den Besitz des Grundstücks erlangt habe, ehe man ihm „*de were deile*" d. h. das mit Rücksicht auf seinen Besitz ihm gebührende Beweisvorrecht zuspreche.

Richtst. Landr. a. a. O. *Hier vrage iene* (der Kläger) *wedder, oft he icht tu rechte scole secgen, wo dat gut in sine were komen si, er me eme de were deilen scole odder wo he de were tugen scole. Dat vintme.*

Richtsteig Lehnr. a. a. O. *Dar vrage wedder, eft he icht scole benomen de tid, dat it eme gelegen wart. Dat vindme.*

Weichbild (Mühler) c. 64. *Swa man einen vreget vor gerichte, wi einem sin erbe anekumen si, der sal das sage durch recht, wi iz anecomen si.*

Nachdem der Besitzer diese Auskunft gegeben hat, die keineswegs in der vollständigen Darlegung eines materiell und formell gültigen Erwerbes zu bestehen brauchte, blieb dem Kläger eine doppelte Möglichkeit. Er konnte entweder eine positive Behauptung aufstellen, der zu Folge die Hinfälligkeit des vom Verklagten geltend gemachten Rechtserwerbes gegenüber seinem eigenen Recht sich ergab, z. B. dass derselbe Auctor, von dem der Verklagte das Grundstück erworben hatte, dem Kläger das Grundstück früher verkauft, verliehen, verpfändet habe, oder dass er, der Kläger, der nächste Erbe des Auctors sei, welcher dem Verklagten das Gut ohne Consens des Klägers verkauft hat; oder dass er ein näherer Erbe des Vorbesitzers sei als der Verklagte, der das Grundstück *von erbes wegene* in Besitz genommen zu haben einräumte. Die für diesen Fall geltenden Grundsätze werden im folgenden Abschnitt erörtert werden.

War aber der Kläger ausser Stande, einen Titel für sein Recht anzugeben, der zugleich das vom Besitzer behauptete Recht als ein ihm gegenüber unwirksames erkennen liess, so hat seine Behauptung dem Verklagten gegenüber nur die Bedeutung, dass er das Besitzrecht desselben bestritt. Allerdings geschieht dieses Bestreiten in der positiven Form, dass der Kläger sich selbst ein Recht auf den Besitz des Grund-

stücks zuschreibt; allein dieser positive Inhalt begründet nur die Activlegitimation des Klägers. Wer sich selbst gar keinen Anspruch auf den Besitz zuschreibt, hat auch nicht die Befugniss, den Besitzer zur Nachweisung seines Rechts zu nöthigen. Die Erhebung eines Anspruchs mit der Behauptung, ein Besitzrecht am Grundstück zu haben, hat aber, wie sich von selbst versteht, nicht die Wirkung, die Behauptung des Verklagten über sein eigenes Besitzrecht zu entkräften. Es stehen sich vielmehr zwei Behauptungen gegenüber, die sich zwar gegenseitig widerstreiten aber nicht widerlegen.

In einem solchen Falle wird der Natur der Sache und der Billigkeit gemäss dem Besitzer der Beweis über sein Besitzrecht zuerkannt und zwar nach der überwiegenden Mehrzahl der Rechtsquellen mit sechs Zeugen, welche Grundbesitz haben.

Der Sachsenspiegel selbst enthält diesen Rechtssatz in dieser allgemeinen Fassung nicht; spricht aber eine ganz analoge Beweisregel aus für den Prozess um den Besitz eines Knechts.

Sachsensp. III. 32. § 4. *Sprict ine en ander herre an, jegen den mut he ine behalden selve sevede siner mage ader warhafter lüde.* § 6. *Sve die gewere hevet an enem manne, die mut ine mit mereme rechte vertügen, denne jene die ir darvet.*

Der Rechtssatz wird aber durch eine sehr grosse Zahl von Quellen bestätigt, von denen folgende Beispiele zum Erweise desselben genügen mögen.

Dresdner Schöffenrecht c. 219. (Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 110.) *Hat eyn man erbe yn gewalt und yn gewere, zo ist her is nehir czu beweisin selbsebinde mit altsessin leuten, das is seyn vetirlich erbe sey, mit merem rechte, wenne en ymant dovon getreyben mag.*

Magdeb. Schöffen-Urtheile bei Wasserschleben S. 361. c. 9. und S. 246. c. 104[a] bei Neumann Nro. 20 und Nro. 27.

Prager Rechtsb. 98. *Wer die gewere hat an eyme gute, do wider muss in yener mit mer rechte uberzeugen; der hat pesser recht mit zeugen sich weren den yener, der der gewer darbit.*

Urk. v. 1224 bei Stobbe Gewere S. 446: *Ille qui in possessione corporali bonorum existet jure potiori probare tenetur possessionem hujusmodi et docere, quod juste possideat, quam alter possessionem impugnans.*

Bremer Urth. 187. bei Oelrichs S. 242. *Mach des Berner sillef dridde vullenkomen in der kumscop mit sinen buren bovene unde benedene unbesproken eres rechtes, dat dat stucke sin echtlik egen si unde sin vader dat eme geervet hebbe, so is he des negher to beholdende, denne it jeme genich man untwinnende, na deme dat he dat stucke in sinen weren heft.*

Urth. v. 1300 bei Lacomblet Urk. B. II. nro. 1065 . . . *dat der Ertzebischof in der gewere sal bliven inde reyth dun deme greven van der Marken, dat dat hus eygen si des gesteytis.*

Urth. v. 1307 ebendas. III. nro. 54. *Wi segghen vor een recht: want wi den voergeseide grave* (von Jülich) *vonden hebben in hebbinghen ende in were van dem huus van Broke, dat di grave naerre sculdich es te behoudene sine eighen, dan hem jeman ave te winne, op dat hi it hout als een edel man sculdich es te houden, om dat wi ne in hebbinghen ende in were ghevonden hebben van dien huus als voer gheseght es.*

Urk. v. 1262 bei Seibertz Urk. B. I. nro. 324. S. 405. Der Graf v. Arnsberg hatte die Mönche zu Benninghausen wegen eines Weges verklagt; die im Besitz desselben be-

findlichen Mönche beweisen *proborum virorum testimonio et sicut justum fuit, quod praedicta via . . . . jure proprietatis spectaret ad ecclesiam eorundem.*

Vergl. auch Urk. v. 1280 bei Wilmans Westf. Urk B. III. 1. nro. 1105. S. 578.

Dass auch ausserhalb des sächsischen Rechtsgebietes derselbe Grundsatz galt, unterliegt keinem Zweifel, man vergl. z. B.

Schwäb. Lehnr. 10b. *Swer daz gut in gewere hat und sprichet daz ein andre an, der der gewer darbet, wen sol den geziugen erteilen, der die gewer hat.*

Nürnberger Rechtsbr. v. 1219. Art. 5 . . . *si civis cum suis concivibus testimonio legitimo comprobaverit, se esse inbeneficiatum, in quieta permaneat possessione.*

Bamberger Recht Art. 332. *Wenne aber der, dez di Trawff ist furgibt, daz di Hofstat als verre di trawff valle, sein sei und zu seinem haws gehöre und di habe in nütz und gewere her bracht als lange er dez bedürfe und daz di trawff zu recht daselbenst hin vallen schül und daz er daz selbe sibent behaben wil, so schol man im dez rehten gestaten*[2]).

Die nicht besitzende Partei konnte den Beweis dem Gegner auch dadurch nicht verlegen, dass sie das Besitzrecht desselben nicht durchaus bestritt, sondern dass sie ihren Widerspruch in die Form kleidete, dass sie dem Gegner ein anderes, schlechteres Besitzrecht am Grundstück zugestehe. Denn der Widerspruch des Klägers musste in der Art motivirt sein, dass sich daraus die Ungültigkeit des Rechtserwerbs des Verklagten ergab; in dem in Rede stehenden Falle dagegen ist der Widerspruch unsubstanzirt, nur ist er modificirt d. h. ein

2) Das Magd Recht scheint bei einer Klage wegen Abbauens die Grundsätze von der Schadens-Ersatzklage anzuwenden; doch kömmt auch hier der Besitzer zum Beweise. Vgl. Magd.-Bresl. R. v. 1295. § 22. (Magd.-Görl. 61. Syst. Schöffenr. III. 2. c. 2. Kulm III. 40).

eilweiser. Wenn z. B. der Besitzer an einem Grundstück h Eigenthum zuschreibt, der Kläger dagegen behauptet, jener be nur Lehn oder Leibzucht, ihm selbst dagegen stehe das genthum zu, so ist dies auch ein blosses (unsubstanzirtes) streiten des Eigenthums und daher gelangt in diesem Falle r Besitzer zum Beweise[3]). Oder wenn der Besitzer ein hnrecht am Gute sich zuschreibt, der Kläger dagegen ihm r ein Erbzinsrecht zugesteht, so beweist ebenfalls der Bezer sein Lehnrecht[4]). Dasselbe gilt, wenn der Kläger ein undstück als sein Lehngut in Anspruch nimmt, der veragte Besitzer dagegen behauptet, es sei sein Erbzinsgut[5]). sgleichen, wenn der verklagte Besitzer sich Eigenthum zuhreibt, der Kläger dagegen behauptet, jener habe nur ein andrecht und gegen das Anbieten der Zahlung Rückgabe rlangt[6]).

Aus allen diesen Stellen ergiebt sich demnach für den ll, dass die eine Partei unstreitig im Besitz sich befindet, e andere Partei dagegen des Besitzes darbt, die einfache und chgemässe Regel:

Der Besitzer erbringt selbsiebent den Beweis seines Rechts, wenn der Gegner dieses Recht schlechthin (d. h. ohne Substanzirung in dem oben angegebenen Sinne) bestreitet.

---

3) Sachsensp II. 44. § 3. Richst. Landr. 25. § 4. . . . *sprike se were er egen* und *hedde se it in erer gewere, so vrag, wo se edder e nakomelinge des vulkomen scolen, dat it ir egen si. So vintme, se scolens it ses scepenbaren vrien mannen vullenkomen.*

4) Sächs. Lehnr. 13. § 3. Richtst. Lehnr. 23. § 3. . . . *Vraget er de man unde secht, id en si nen tinsgud, mer dat si sin rechte len, und l dat betügen, unde vraget wedder he des neger si to betügende edder sin re; so vindme de man.*

5) Donynscher Rechtsspruch bei Wasserschleben I. S. 181. 47 b.

6) Rechtsspr. v. 1325 bei Schottel de singul. quibusd. jurib. S. 143. selbe wird von Delbrück Dingl. Klage S. 65 berücksichtigt, jedoch richtig interpretirt.

II. Unterabschnitt.

Beide Parteien schreiben sich den Besitz zu.

§ 26. Allgemeines.

Die eben gefundene Regel giebt keine Entscheidung für den Fall, dass sich beide Parteien den Besitz des streitigen Grundstücks zuschreiben. Ebensowenig kann in diesem Falle eine Partei ihre Ansprüche in der Art substanziren, dass sie darlegt, warum der Besitzerwerb des Gegners ungültig und ihr gegenüber unwirksam sei, da ja jede Partei leugnet, dass der Gegner überhaupt besitze. Jede Partei verlangt vielmehr, ihr Besitzrecht erhärten zu dürfen und im Besitze geschützt zu werden, wofern nicht der Gegner in der bereits erwähnten Art ihr die Gewere abgewinnt. Dass beide Parteien sich auf die Gewere des Grundstücks berufen, konnte leicht vorkommen, da der Besitz an Immobilien sich nicht in einer fortwährenden *custodia* oder in der fortwährenden ausschliesslichen Möglichkeit thatsächlicher Einwirkung auf die Sache äussert. Mobilien kann man vor jeder physischen Einwirkung Anderer in Sicherheit bringen; an einem Grundstück dagegen können mehrere Personen Besitzhandlungen vornehmen, ja selbst ohne dass Einer von den Handlungen des Andern etwas weiss. Nicht selten wird der Fall in den Quellen erwähnt, dass an einem an der Grenze zweier Grundstücke liegenden Acker, einer Wiese oder Waldparzelle, beide Nachbarn sich den factischen Besitz zuschreiben.[1]. Es kann ferner Jemand dem Andern ein Grundstück verkaufen und übergeben, ohne dass er jemals ein Recht, ja auch nur die Innehabung dieses Grundstücks gehabt hat; denn es besteht kein thatsächliches Hinderniss, dass nicht ein Betrüger Jemanden auf fremde Aecker etc. führt, dieselben für die seinigen ausgiebt und sie ihm

---

1) Vgl. z. B. den Rechtsfall von 1356 bei Riedel Cod. dipl. Brandenburg. I. XIX. S. 79 f. Kühns Gesch. der Gerichtsverf. II. S. 353 fg.

tradirt [2]). Ist der Eigenthümer, oder wer sonst zum Besitz berechtigt ist, abwesend, so kann der neue Erwerber in gutem Glauben eine Zeit lang Besitzhandlungen ausüben, so dass sich dann zwei Prätendenten gegenüber stehen, von denen jeder unbedenklich beschwören würde, im rechtmässigen Besitze des Grundstücks zu sein.

In einer Zeit, wo die Vornehmen häufig auf Hof- und Kriegsfahrten und auch die Geringeren nicht selten auf Buss- und Pilgerfahrten waren und für lange Zeit von der Heimath sich entfernten, bei der Ansammlung grosser Gütermassen in dem Eigenthum der weltlichen Magnaten und geistlichen Stifter, die durch Verwalter, Pächter und Colonen bewirthschaftet wurden und bei denen der Besitz nur durch Erhebung von Prästationen ausgeübt wurde: konnte es oft genug vorkommen, dass mehrere Personen gleichzeitig an denselben Grundstücken nicht blos ein Besitzrecht, sondern den factischen Besitz zu haben vermeinten.

Dazu kömmt noch, dass bei den Rechtszuständen des Mittelalters auch eigenmächtig und gewaltsam Besitzhandlungen an fremden Grundstücken angemasst wurden [3]), von denen der legitime Besitzer bisweilen lange Zeit gar keine Kenntniss erhielt [4]).

---

2) Einen solchen Fall betrifft Sachsensp. III. 82. § 2. Vgl. über diese wichtige Stelle unten S. 197 fg.

3) In einem Schiedsspruch v. 1281 über streitige Zehntrechte wird berichtet, quod famuli et homines partium agrorum decimas colligentes crinibus se traherent et aliquotiens se graviter vulnerarent propter quod proveniri multociens homicidia timebantur. Hoyer Urkundenbuch. Dritte Abth. Heft I. Nro. 51. S. 36.

4) Ja selbst der Usurpator brauchte nichts davon zu erfahren. Im Jahre 1323 restituirte der Bischof von Minden dem Kloster Schinna ein Feld, „quem ex quadam ignorantia ac relatione nostrorum officialium contra animam nostram injuste per aliquod tempus possedimus“. Hoyer Urkundenbuch. Siebente Abth. Heft 2. Nro. 81. S. 55.

Aus diesen Gründen waren die Fälle im M. A. nicht selten, dass beide Theile mit der Behauptung auftraten, im Besitz des streitigen Grundstücks zu sein oder vom Gegner in diesem Besitz gestört zu sein, und dass demgemäss jeder verlangte, zur Erhärtung seines Besitzrechtes verstattet zu werden.

Bei Entscheidung derartiger Streitigkeiten zeigten sich die Uebelstände des Deutschen Prozessrechts, insbesondere die mangelhafte Substanzirung der Klagen und die strenge Einseitigkeit und der Formalismus des Beweisverfahrens hinderlich. Für die Mehrzahl der Fälle freilich konnte auch hier auf Grund der sonst geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze eine den Anforderungen des Rechts und der Billigkeit entsprechende Entscheidung gefunden werden; es gab aber auch Fälle, in denen die gewöhnlichen Regeln des Deutschen Prozesses versagten, in denen man daher zu freieren Formen und Mitteln des Beweisverfahrens greifen musste, um ein formelles Recht zu finden und ein richterliches Urtheil an die Stelle von Selbsthülfe und Gewalt zu setzen.

Das Prinzip aber, welches in allen derartigen Prozessen massgebend war, ist bisher noch nicht erkannt worden, so einfach und naheliegend es ist. Es besteht darin, eine der beiden behaupteten Geweren als rechtlich unwirksam oder thatsächlich nicht vorhanden darzuthun und in Folge dessen den Prozess auf den einfachen Fall zu reduziren, dessen rechtliche Beurtheilung wir im vorhergehenden Paragraphen erörtert haben. Die nachfolgenden Paragraphen werden die verschiedenen Wege besprechen, auf denen dieses Ziel erreicht werden konnte.

§ 27. Die Behauptung unrechtmässiger Besitzentsetzung.

Der Sachsenspiegel spricht mehrfach das für Aufrechterhaltung rechtlicher Ordnung und des Landfriedens unentbehrliche Prinzip aus:

Man ne sal niemanne von sinen geweren wisen, si ne si ime afgewunnen mit rechte. Lehnr. 38. § 4. Landr. II. 70. vgl. II. 24. § 1.

Denselben Grundsatz enthält die *Treuga Heinrici* c. 11. (Pertz Legg. II. p. 267) in derselben Formulirung

Nullus a possessione rerum quas possidet ejicietur nisi possessio ab eo in judicio evincatur.

und er wird in zahlreichen anderen Rechtsquellen aus allen Theilen Deutschlands wiederholt.

Abgesehen von den strafrechtlichen Folgen, welche die Verletzung dieser Rechtsregel nach sich ziehen kann, hat dieselbe civilrechtliche Wirkungen, von denen namentlich zwei für den Prozess um Grundstücke von Wichtigkeit sind. Die eine dieser Wirkungen ist die, dass der Besitzer eines Grundstücks während des Prozesses das Grundstück behält, bis ihm durch Erkenntniss dasselbe abgesprochen wird[1]; die andere besteht darin, dass eine gewaltsam erworbene Gewere dem Dejicirten gegenüber diejenigen Rechtsvortheile nicht begründet, welche sonst mit der Gewere verknüpft sind.

Wir haben bereits dargethan, dass die im Besitze befindliche Partei näher ist, ihr Besitzrecht selbsiebend zu erhärten, wofern nicht der Gegner im Stande ist, positiv darzulegen, dass und warum das vom Besitzer in Anspruch genommene Recht hinfällig und ihm gegenüber unwirksam ist. Es ist nun ein Gebot der Gerechtigkeit und eine Folge des an die Spitze gestellten Grundprinzips der Rechtsordnung, dass man nicht gewaltsam und widerrechtlich sich diese Vortheile der Gewere dadurch verschaffen könne, dass man den Gegner eigenmächtig aus dem Besitze verjagt und sich denselben aneignet, sondern dass in einem solchen Falle der Dejicirte in die ihm widerrechtlich entzogene vortheilhafte Lage zu restituiren ist.

1) Vgl. die von Stobbe Gewere S. 444 citirten Stellen.

Kann daher der Dejicirte sich darauf berufen, dass er vom Gegner eigenmächtig aus dem Besitz gesetzt worden ist, so kehren sich die allgemeinen Grundsätze über Klagensubstanzirung und Beweisvertheilung in ihr Gegentheil um; der Dejicirte ist näher sein Besitzrecht am Gute zu erweisen als der Gegner, obgleich der letztere augenblicklich in der Gewere des Gutes sich befindet.

Sehr oft citirt sind die süddeutschen Rechtsquellen, welche diesen Rechtssatz aussprechen; insbesondere

Schwäb. Lehnr. 96. *Svem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen.*

Die Fassung ist incorrect und hat zu Missverständnissen Anlass gegeben; nicht die Gewere, sondern die mit der Gewere verbundenen Vortheile behält der Dejicirte.

Deutlicher ist das Baierische Landrecht c. 205. (Heumann Opusc. p. 106. al. 1.), wo die Regel, dass die gewaltsame Dejection dem Entsetzen soll *unschedlich sein an seiner gewer* ausdrücklich interpretirt wird:

und chom aber ez zu einem rechten, so sol es stien in allen dem rechten alz des tags, da er sein entwert ward.

In der unzweideutigsten Weise wird die practische Bedeutung dieses Rechtssatzes durch zwei Schiedssprüche aus dem 13. Jahrh. veranschaulicht, welche Schröder in Haupt's Zeitschrift für Deutsches Alterth. Bd. XIII. S. 165. 166. mittheilt[2]). In dem zweiten derselben, der vom Bischofe von Regensburg und dem Burggrafen Friedrich von Nürnberg gefällt worden ist, heisst es im Art. 7.:

Item statuimus, ut dominus Henricus dux per duos testes probet, quod sibi competat probatio juris de ponte in R., quae per septem viros idoneos, qui ex

2) Sie sind abgedruckt in den Monum. Wittelsb. I. Nro. 26. und Nro. 135; der erste ist vom Jahre 1237, der andere vom Jahre 1280.

viginti uno electi fuerint et assumpti, fieri debet in termino ad hoc specialiter deputato.

Mit Rücksicht auf die völlig übereinstimmende Entscheidung des anderen Rechtsspruches erläutert Schröder diesen Artikel treffend: „Der von Heinrich mit 2 Zeugen zu führende Beweis, dass er näher sei sein Recht zu beweisen, kann nach dem bisherigen nur auf den Beweis des früheren Besitzes und der gewaltsamen Entwerung bezogen werden; durch diesen Beweis (der Thatsache) wird dann die Wiedereinsetzung in die Gewere und in Folge der letzteren das nähere Recht zum ferneren Beweise (des Rechts) erworben."

Der Unterschied dieses Verfahrens gegen ein recuperatorisches Interdict liegt auf der Hand: es findet keine prinzipielle Trennung des Possessorium und Petitorium statt; auch der gewaltsam Dejicirte muss sein Recht zum Besitz behaupten und beweisen, nicht blos die Besitzentsetzung.

Das wird auch bestätigt durch das Erkenntn. des Grafen von Breisgau von 1362 [3]). Dem verklagten Besitzer wird die streitige Rente zuerkannt, falls nicht der Kläger den Beweis erbringt: *das im und sinem gotzhuse von S. Marien dasselbe gelte entweret wer mit gewalt ân recht.* Der Kläger beweist hierauf, wie Schröder a. a. O. referirt, „dass der Vater des Beklagten ihn des Besitzes entwert habe; zugleich weist er sein und des Klosters Recht auf die Rente nach, obgleich es nach dem Urtheil darauf zunächst gar nicht ankommt."

Allein die Frage, ob eine gewaltsame Dejection stattgefunden hat, war eine für die Gestaltung des Prozesses massgebende Präjudizialfrage; von ihr hing die Vertheilung des Beweisvorzugs hinsichtlich des Besitzrechts und die Nothwendigkeit, die Parteibehauptungen in gewisser Weise zu substan-

---

3) Mone Zeitschr. f. die Geschichte des Oberrheins XVI. S. 109. Schröder a. a. O. S. 171. Note 10.

ziren ab. War daher diese Thatsache streitig, so war diese Vorfrage zunächst festzustellen und es konnte daher ein besonderes Beweisverfahren darüber stattfinden, wie die oben mitgetheilten Stellen bekunden.

Fiel dieser Beweis günstig für den Dejicirten aus, so war damit das Verfahren keineswegs beendet, sondern jetzt hatte entweder der Verklagte sein Besitzrecht zu erweisen, oder der Gegner seine Klage in der Art zu begründen, wie dies zur Abgewinnung der Gewere erforderlich war. Hält man aber dabei den Rechtssatz fest, dass der Besitzer während des Prozesses im Besitz des Grundstücks verbleiben soll bis ihm der Besitz mit Urtheil und Recht abgewonnen wird, und vergegenwärtigt man sich, wie lange Zeit ein auf Abgewinnung des Besitzes gerichteter Prozess in Anspruch nehmen konnte, so erkennt man es als ein Gebot der Billigkeit, den gewaltsam Dejicirten, so bald die Besitzentsetzung festgestellt war, zunächst in den Besitz wieder einzusetzen, um ihm auch diesen Vortheil der Gewere zu restituiren[4]). Dass dies aber nur ein Zwischen-Urtheil in dem — seinem Grundcharacter nach petitorischen — Verfahren war, zeigt sich in der Verpflichtung, dem Gegner sofort Rede zu stehen, ohne dass eine dreimalige Ladung mit den üblichen Fristen, wie dies bei Anstellung einer neuen Klage um Grundstücke vorgeschrieben war, stattfand. So heisst es z. B. in einem Schiedsspr. v. 1290 (Mon. Witt. I. Nro. 177.) nach Anordnung der interimistischen Restitution des gewaltsam entzogenen Besitzes:

---

4) Zahlreiche Beläge dafür aus bairischen, schwäbischen und fränkischen Rechtsquellen und Urtheilen hat Schröder a. a. O. S. 162 ff mitgetheilt. Vgl. auch die von Franklin Reichshofgericht I. S. 47. Note 2. und S. 129. Note 4. citirten Stellen und Hasenöhrl Oesterreichisches Landesrecht. S. 122. Note 38.

und auf den naehsten tag sol man daz reht darüber sprechen.

und in einem andern Urth. v. 1265 (Mon. Witt. I. Nro. 86.) Art. 17:

Item si dux H. probaverit se violenter privatum villa in E., restituetur possessioni ejusdem et postmodum duci L. abinde justitiam exhibebit.

In Folge dessen trat in der That eine äusserliche Trennung des Possessorium vom Petitorium in manchen Fällen ein und die Deutsche Rechtsentwicklung kam der Reception der actio spolii des canonischen Rechts auf halbem Wege entgegen. War der Gegner ausser Stande, sofort seine Klage auf Abgewinnung der Gewere zu substanziren, so konnte der Prozess mit jenem Restitutions-Urtheil sein vorläufiges und gewiss nicht selten sein definitives Ende finden. Die Erhärtung des Besitzrechts Seitens der restituirten Partei selbsiebent oder mit öffentlichen Urkunden war oft nicht viel mehr als eine Förmlichkeit, die wol nicht selten unterblieb, und es erscheint ein solches Verfahren daher äusserlich ganz wie ein recuperatorisches Interdict, das lediglich auf die Besitz-Entsetzung gegründet ist und mit der Restitution des Besitzes sein Ende findet. Man darf aber durch solche Fälle sich nicht verleiten lassen. in den Deutschen Prozess eine prinzipielle Unterscheidung des Possessorium und Petitorium hineinzutragen; vielmehr sind derartige Rechtsfälle als unvollendete Prozesse zu betrachten, die in einem Vorstadium, das den Besitz während des Prozesses betraf, liegen geblieben sind [5]).

Andererseits ist es nicht begründet, in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen dem süddeutschen und dem sächsischen Rechte anzunehmen.

---

5) Eine gewisse, freilich nur höchst allgemeine, Analogie bietet der Gegensatz zwischen dem vindicias dicere beim Legisactionen-Prozess und einem possessorischen Interdict.

Im Gebiete des sächsischen Rechts tritt diese äusserliche Trennung des Possessorium von dem Streit über die Rechtsfrage nicht mit der gleichen Schärfe hervor, wie in der Rechtsübung des übrigen Deutschlands. Allein auch im sächsischen Rechte herrscht der Grundgedanke, dass in einem Streit um Grundstücke oder Immobiliarrechte der gewaltsame Besitzerwerb die prozessualischen Vortheile der Gewere, d. h. den Beweisvorzug nicht gewährt, sondern der gewaltsam Dejicirte näher ist, sein Recht zu behalten. Ganz allgemein sagt das Sächs. Lehnrecht 14. § 1:

Doch ne het dat nen rechte gewere, dat die man mit gewalt besitt, of man die gewalt irvolget mit rechter klage unde dat getügen mach.

Mit besonderer Beziehung auf die Vortheile, welche die Gewere im Prozess in Betreff der Beweisvertheilung gewährt, lehrt der Richtst. Lehnr. 29. § 3 die Urtheilsfrage:

sint ik dat geclaget hebbe, dat he mi dat gud nimmet unde dat do unrechte upboret, eft he an dem gude ummer rechte boringe krigen moge, de wile dat he miner clage nicht avelecht mit rechte? So vindme: he ne moge.

Die Fassung des Sachsensp. II. 25. § 1., dass der Richter, nachdem er über das Verbrechen des Räubers gerichtet hat, den Beraubten *tu hant dar na geweldigen sal siner gewere, of it jene, uppe den die klage gat, nicht ne wederredet mit rechte*, lässt unverkennbar entnehmen, dass es nicht dem Beraubten oblag, die Rechtsgültigkeit seines Eigenthumserwerbes zu beweisen, sondern dass der Räuber seine vermeintlichen Ansprüche an das Gut materiell zu substanziren hatte [6]).

6) Im Wesentlichen fasst wol auch Stein Untersuchungen I. S. 119. diese Stelle so auf; nur ist es völlig aus der Luft gegriffen, dass die Klage des Dejicirten auf Herausgabe des Grundstücks „stets cumulirt sei

In dem Donyn'schen Schöffen-Urth. v. 1413 bei Wasserschleben S. 386. c. 34. begründet der Kläger seinen Antrag:

*Sint demmale das sich yr man Bernhard des gutis undirwunden hat mit gewalt unde mit unrechte, daz her wol beweisin wil, unde an dem gute ny keyne rechte gewere gewonnen hat unde daz gut mit dem selbin unrechte an seyn weip bracht hat: bethe ich nach rechte czu irkennen, ab her nicht yr by der beweisung der gewalt unde des unrechtin, daz her das gut der frawen (*der Klägerin*) nam, blibin moge, wen is frawen Maryth (*die Verklagte*) mit keynem briffe ader orteil erweren moge* [7]).

Auch Spuren einer interimistischen Restitution des factischen Besitzes vor Entscheidung der Hauptrechtsfrage finden sich. Eine gewichtige Bestätigung dafür giebt Richtst. Lehnr. 15 §2. Der Lehnsherr hat sich eines Gutes unterwunden, weil der Mann es ihm durch Ziehen an einen andern Herrn entfremden wollte; die eigenmächtige Besitzentsetzung geschah demnach nicht einmal in doloser und rechtswidriger Absicht, sondern kraft der in der Lehnsherrlichkeit liegenden Befugnisse; von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Herrn kann daher keine Rede sein. Wenn der Mann aber sich beklagt, dass ihm Unrecht geschehen sei, und der Herr ihm an dem angesetzten Gerichtstage seine Untreue vorwirft, so braucht der Mann sich zunächst auf diesen Vorwurf gar nicht zu erklären, sondern er spreche:

Here, gi hebben mi dat gud genomen unde mi miner gewere untweldiget unde bidde enes ordels to lenrechte, efte gi mi icht wedder in mine gewere schun setten,

---

mit der Ungerichts- oder eigentlichen Delictsklage". Darüber dass die Stelle auf Grundstücke zu beziehen ist, vgl. Stein a. a. O. S. 89. 90.

7) Die Klage wird als präcludirt abgewiesen, weil inzwischen für die verklagte Frau eine rechte Gewere entstanden war.

wente gi mi de were med rechte gebroken hebben. Dat vindme.

Erst hierauf folgt dann die prozessualische Verhandlung wegen des dem Manne zur Last gelegten Delicts resp. der in Folge dessen verwirkten Lehnsprivation.

In dem Landfrieden des Herzog's Otto von Braunschweig v. 1336 (Urkundenbuch der Stadt Göttingen S. 125. Z. 42 ff.) heisst es:

Swer in disem vorben. lande ghesezzen ist und sines gutes mit ghewalt oder mit unrechte entweldighet ist, wil der schuldighe nicht jenen, der untweldighet ist, in sine gewere lazen komen, nachdeme also die achte [8]) *oder daz merteyl irteylit uf yren eyt, der hat den lantfreden gebrochen . . .*

Ein sehr deutliches Beispiel eines possessorischen Rechtsschutzes gegen gewaltsame Besitzentsetzung giebt unter ausdrücklicher Berufung auf den Sachsenspiegel ein von jeder Einwirkung römisch-canonischer Rechtsauffassung gänzlich unberührtes Urtheil aus dem Anfang des 15. Jahrh. im Hoyer Urkundenb. Erste Abth. Nro. 394. Heft 3. S. 235 ff.

Der Fall ist folgender: Graf Erich von Hoya hatte sich in den Besitz von Gütern gesetzt, welche seiner Behauptung nach von seinen Eltern an Staz von Münchhausen resp. dessen Vorfahren verpfändet und von den letzteren nebst der Pfandforderung und den darüber lautenden Briefen an die Herren von Dekber veräussert worden waren, und die der Graf aus den Händen der Herren von Dekber eingelöst zu haben behauptet. Staz von Münchhausen dagegen schreibt sich an diesen Gütern ererbtes Eigen zu und behauptet, vom Grafen von Hoya gewaltsam aus dem Besitz derselben gesetzt worden zu sein.

---

8) „*de achte, de ober den lantfrede ghesast sin*" sind 8 Richter für Landfriedensbruchs-Sachen resp. Garanten des Landfriedens. Vgl. über dieselben die Bestimmungen dieses Landfriedens a. a. O. S. 127. Z. 103 ff.

Der Fürspreche des Grafen von Hoya beantragt, dem Grafen den Beweis über die Verpfändung der Güter an die v. Münchhausen, über die Abtretung ihrer Rechte an die von Dekber und über die Einlösung der Güter zuzuerkennen. Der Fürspreche des Staz v. Münchhausen verlangt zum Beweise darüber verstattet zu werden, dass er vom Grafen mit Gewalt der Güter entwert worden sei und dies mit rechter Klage verfolgt habe.

Es wird erkannt:

Kan Staties von Monichusen des vulkomen alze recht is, dat he unde syn vader de gude in oren weren hebben ghehad went an de tüt, dat se ome de greve van der Hoye mit ghewolt ghenomen hebbe unde dat he dat mit klaghe vorvolghet hebbe also recht is: so schal de greve ome dorch recht dat gud wedir in syne were laten unde wedir keren, wat he ome mit ghewolt darut ghenomen hefft; wente were Staties wol mit unrechte in de were gekomen, so scolde men one dorch recht daran besitten laten so lange went men se ome mit rechter claghe brekt, na utwisinghe des 24. capitels lantrechtes in dem anderen boke, dat sik beghinnet: men schal nemande ute synen weren wisen etc.

Hefft aver de greve dat gud gevunden in der van Dekbere were unde nicht in Statieses were, hefft de greve dan der herscop van der Hoye gud unde breve van den gheloset, unde mach des mit breven vulkomen, dat dat gud den heren van der Hoye to lose stunde unde dat de van Monichusen dar nicht mer an ghehad enhedden wen dat id ore pand hedde ghewesen, des schal de greve in dem rechten gheneten und enhefft Statiese dar nene ghewalt mede ghedan, na demmale dat he des gudes in synen weren nicht envand, do he sik des underwand.

Die Richter fällen einen alternativen Spruch. Kann St. v. Münchhausen die gewaltsame Besitzentsetzung beweisen, so

ist er in den Besitz wieder einzusetzen, selbst wenn er kein Recht auf den Besitz hat, ohne dass es also zunächst auf das materielle Rechtsverhältniss ankömmt; dem Gegner bleibt es überlassen, später gegen ihn die Klage auf Herausgabe des Pfandgrundstücks gegen Zahlung der Schuldsumme anzustrengen. Hat dagegen der Graf v. Hoya das streitige Gut aus dem Besitz des v. Dekber an sich gebracht, also gegen seinen Prozessgegner keine Gewalt verübt, so kömmt der Graf zum Beweise seines Besitzrechts.

Ein anderes, nicht minder deutliches Beispiel giebt der Rechtspruch v. 1387 bei Sudendorf Urkundenbuch von Braunschweig Bd. VI. Nro. 182. S. 198 ff. Der Landgraf von Thüringen hat dem Landgrafen von Hessen in rechter Fehde die Schlösser Eschwege, Sontra und Berneburg abgenommen, sie Jahr und Tag inne gehabt und ihre Rückgabe unter der Behauptung, dass er Lehnrecht an denselben habe, verweigert. Der Eine der beiden gekorenen Schiedsrichter, der Herzog von Sachsen, findet das Urtheil 1. dass der Landgraf von Thüringen seine Ehre gewahrt und nichts verbrochen habe, wenn seinerseits die Fehde gehörig angesagt etc. worden ist; 2. dass derselbe mit Rücksicht auf seinen gegenwärtigen factischen Besitz näher sei, sein Lehnrecht und seine Gewere zu erweisen. Der andere Schiedsrichter, Burggraf Friedrich von Nürnberg, widerspricht indess dem zweiten Theil dieses Urtheils und setzt demselben das Urtheil entgegen, dass der Landgraf von Thüringen die Schlösser restituiren solle, da er sie dem Gegner „*hat ane gewunnen und dii nicht vor hat vorclaget und irlanget an den steden, so daz bilche sulde sin.*" Dieses zweite Urtheil wird von dem Pfalzgrafen v. Rhein als Oberrichter bestätigt. Es wird demnach die Restitution der Schlösser ohne Prüfung der materiellen Rechtsansprüche, lediglich mit Rücksicht auf die gewaltsame Besitznahme angeordnet, so dass eine Verfolgung der etwaigen Rechte auf den Besitz im Wege der

gerichtlichen Klage dem Landgrafen von Thüringen keineswegs abgeschnitten wird.

In einem schiedsrichterlichen Erk. zwischen dem Stift Corvey und der Stadt Höxter aus dem Ende des 14. Jahrh. bei **Wigand** denkw. Beiträge f. Geschichte und Rechtsalterthümer S. 187. 188. heisst es in Betreff eines Klagepunktes, dem zu Folge die Stadt Höxter sich gewaltsam in den Besitz von Gütern, Zehnten u. s. w. gesetzt hat, auf welche sie ein Recht auf Grund alter Urkunden zu haben vermeinte:

Vortmer spreke wi vor recht: dat de van Hoxere unsen heren van Corveye und sin stichte der vorg. gud, hoppentegeden, hure und hove wedir ingewerin scholen mit gerichte der vorg. gud, dor se se rofliken entweret hebben, alse richtes recht is. Vortmer wise wi vor recht, dat unse here van Corveye und sin Capit. neyner antworde vorder plichtich en sint, se en sin der beroveten were und der name des nuttes tovorn wedir ingeweret und nochlike betalet; und were, dat wi schedelude rechtes twidrechtich worden, so berope wi vorg. twene rechtes to blivende by utwisinge der boke bescrevener rechte[9]).

---

9) **Wigand** a. a. O. S. 202. versteht darunter den Sachsenspiegel. Da aber unter den Schiedsrichtern (Probst von Corvey und Ritter Wedekind von Falkenberg) und unter den streitenden Theilen der Eine ein Geistlicher war und das Erkenntniss vollkommen den Grundsätzen der Spolienklage entspricht, so kann wol auch das canonische Rechtsb. darunter verstanden werden, so dass es zweifelhaft bleibt, ob der angef. Spruch zum Nachweise des sächs. Rechts verwendet werden darf. Dasselbe gilt von einem Erk. des Erzbischofs von Bremen v. 1277, das in einer alten Uebersetzung im Hoyer Urkundenb. Erste Abth. Nro. 1044. S. 611. abgedruckt ist. In demselben wird verordnet, dass Graf Heinrich v. Hoya in den Besitz eines Patronatsrechts, von welchem er *gewaltlichen und mit unrechte entfridet und entfromdet sy*, zunächst wieder eingesetzt werden solle, und *dat jederman, so vormeinte ansproche tho der selvigenn provenn hefft, denn gemelten graven vor Recht beclage, dar he eynen jedern rede und antwort geven schall.*

Aus den angeführten Beispielen ergiebt sich, dass im sächsischen Rechtsgebiet kein anderes Prinzip galt, als im übrigen Deutschland. Wird festgestellt, dass der gegenwärtige Inhaber den Gegner gewaltsam des Besitzes entsetzt hat, so geniesst der Dejicirte die prozessualischen Vortheile der Gewere, der Gegner muss seinen Anspruch so substanziren, als wäre er nicht im thatsächlichen Besitz, und es kann die sofortige, interimistische Restitution der Gewere ausgesprochen werden.

Bestätigt werden diese Regeln durch einige Stellen, die einen der gewaltsamen Besitzentsetzung analogen Fall behandeln.

Die „Entwerung mit Gewalt und Unrecht" setzt nämlich keineswegs eine physische Gewaltthätigkeit, einen Landfriedensbruch, eine *vis armata* voraus, sondern sie umfasst alle diejenigen Fälle, in denen man nicht „mit Recht" die Gewere vom Vorbesitzer erlangt. Nach Sachsensp. II. 24. § 2. findet ein rechtmässiger Uebergang der Gewere am Gute nur statt: entweder, wenn der Besitzer selbst freiwillig das Gut überträgt „*to svelker wis he's afgat unbedvungen, so is he der were geloset mit rechte*"; oder, wenn ihm das Gut durch gerichtliches Urtheil abgesprochen und dem Gegner geweldigt wird. Der letztere Fall wird dahin erläutert:

> *man ne mut niemanne mit rechte sine gewere afgetügen, jeneme die de gewere hevet, se ne werde ime afgewunnen dar he to antwerde si, oder he ne werde darumme beklaget unde geladet to sinen rechten degedingen.*

Demgemäss steht der gewaltsamen Besitzergreifung der Fall gleich, wenn sich Jemand vom Richter in den Besitz eines Grundstücks einweisen lässt, ohne dass der bisherige Besitzer durch ein ordnungsmässig erfolgtes Urtheil resp. Contumazial-Erkenntniss des Gutes verlustig erklärt worden ist.

In diesem Sinne sagt das Schwäb. Lehnr. c. 77:

Ob der herre dem man sin gut verteilt mit unrechte, da der man nuit zegegen ist und den clager wiset uf daz gut und im die gewer antwurtet: daz schadet ienem nuit, er habe sine gewer fur sich.

Derselbe Grundsatz lässt sich auch für das Gebiet des sächsischen Rechts nachweisen. Eine Anwendung desselben enthält Sachsensp. III. 82. § 2. Diese Stelle betrifft folgenden Fall:

A. ist factischer Besitzer eines Grundstücks; dessen ungeachtet veräussert B. vor Gericht dem C. das Grundstück und erklärt zugleich in den üblichen solennen Formen, dass er es ihm tradire. Das Gericht weist darauf den C. in das Grundstück ein. A. widerspricht jedoch dieser gerichtlichen Einweisung und weist den C. hinaus: *„wende en man n'is nicht plichtich sine were to rumene, he ne werde darumme beklaget unde vorgeladet* [10]*).* Hierauf ist aber der A. verpflichtet *to'*

---

10) Der Anfang *„Swie en gut enem andern gift unde let it in sine gewere dar he selve nene gewere an ne hadde"* wird in der Regel übersetzt: „Wer ein Gut einem andern giebt und es in seinen Besitz überträgt, an dem er selbst kein Besitzrecht hat", indem man davon ausgeht, dass, wer nicht selbst im Besitz ist, auch den Besitz Niemandem einräumen kann. Vgl. Delbrück Zeitschr. f. D. R. XIV. S. 259. Stobbe Gewere S. 443. Homeyer im Register zum Sachsensp. unter Gewere 4b. (S. 434). Göschen Gosl. Statuten S. 189. Anm. 4. u. v. a. Dies ist aus zwei Gründen unmöglich. Erstens beweisen die oben mitgetheilten Worte, dass nicht der Veräusserer (B) sondern ein Dritter (A) im factischen Besitz sich befindet, und zweitens wird nach dem ferneren Wortlaut der Stelle grade dem Käufer (C) der Besitz vorläufig zugesprochen, also prima facie nicht für den A, sondern grade für den Veräusserer das Besitzrecht und die aus demselben sich ergebende Alienationsbefugniss anerkannt. Es ist also etwa an den Fall zu denken, dass A gar kein Recht auf den Besitz anzugeben vermag, dass er als blosser Verwalter oder als Miether des B wohnt, dass er als Erbe das Gut oder Haus in Besitz genommen hat, sich aber nicht als näherer Erbe wie B legitimiren kann u. dgl. — Die Stelle findet sich bereits im Deutschensp. 351. und ist übergegangen in das Weichbildrecht 29. Distinctionen I. 38. d. 1. Bei der gewöhnlichen Interpretation giebt die Stelle keinen Sinn.

me nesten utgelegedeme dinge sein Recht zu vertreten; wird dann in seiner Gegenwart wiederum dem C. die Gewere zugesprochen und er nochmals von Gerichtswegen eingewiesen, so *ne mut man ine nicht utwisen*, *man ne du't mit ordelen.* Wenn diese letzten Worte nicht entweder ohne alle Bedeutung sind oder einen ganz trivialen Sinn haben, so können sie nur heissen, dass es jetzt dem A. noch überlassen ist, im Wege einer förmlichen Klage, die in der zur Abgewinnung der Gewere erforderlichen Weise substanzirt ist, sein Besitzrecht zu verfolgen. Das erste Erkenntniss vertheilt also nur auf Grund einer *prima facie* Cognition vorläufig den Besitz, ohne Rechtskraft hinsichtlich der Frage nach dem Besitzrecht selbst[11]); es bezeichnet nur ein Stadium in dem ganzen Rechtsstreit, was sich auch daraus ergiebt, dass A., bevor jenes erste Urtheil ergeht, nicht dreimal zu echten Dingen vorgeladen zu werden braucht, sondern zum nächsten ausgelegten Ding sein Recht wahrnehmen muss[12]). Natürlich steht es aber völlig im freien Belieben des A., ob er eine petitorische Klage anstellen oder sich bei jener *prima facie*-Entscheidung beruhigen will.

Diese Stelle des Sachsensp. geht davon aus, dass die im factischen Besitze des Grundstücks befindliche Partei gar kein Recht auf den Besitz darlegen kann und dass daher trotz erhobenen Widerspruchs das Gericht die Einweisung des Käufers aufrecht erhält; es ergiebt sich aber daraus zugleich, dass das Gericht auch den Widerspruch für begründet erachten und den Käufer auf den Weg des gewöhnlichen Prozesses mittelst einer ordnungsmässig substanzirten Klage verweisen kann.

---

11) Im Gegensatz dazu bezeichnet das Weichbildr. 29. das Definitiv-Erkenntniss durch die Worte „*mit rechter clage unde mit rechten orteiln*".

12) Dies bestätigt auch das Schwäb. Lehnr. a. a. O. „*der tage sol niwan einer sin*".

Dies letztere muss natürlich immer geschehen, wofern der Besitzer ein eigenes Recht auf den Besitz des Gutes behauptet und die Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung einigermassen bescheinigen kann, und es kann ihm diese günstige Lage auch dann nicht entzogen werden, wenn der vom Gericht eingewiesene Käufer bereits thatsächlich Besitz ergriffen hat. In dem letzteren Fall muss daher der bisherige Besitzer einer unsubstanzirten Klage gegenüber hinsichtlich seines Besitzrechtes das Beweisvorrecht haben und es kann, wenn sich die Entscheidung über das Recht selbst in die Länge zieht, ein Zwischenurtheil ergehen, welches den Besitz dem neu Eingewiesenen wieder entzieht und vorläufig wieder dem bisherigen Besitzer restituirt. Die Gewere des augenblicklichen Inhabers ist eine „mit Gewalt und Unrecht" dem Dejicirten gegenüber erworbene und daher muss dieser Zustand beseitigt, die Gewere des Dejicirten wieder hergestellt und rechtlich wirksam werden.

Diese durch die Natur der Sache und durch allgemeine Rechtssätze unterstützte Folgerung aus jener Stelle des Sachsenspiegels[13]), wird aber auch direct durch einige Schöffensprüche bestätigt.

Dem Rechtsspruch der Mannen von Donyn bei Wasserschleben Rechtsq. I. S. 254. c. 116. liegt folgender Fall zu Grunde: Die Kläger, Herr Heinrich und Herr Jan, nehmen Güter in Anspruch, mit denen sie vom Könige belehnt

---

13) Die gleichen Grundsätze lässt der Zusatz zu Sachs. I. 70. § 1. im Falle eines Contumazialerkenntnisses zu. Nach dem ursprüngl. Text konnte der contumacirte Besitzer gegen den Kläger nach erfolgter Einweisung nur mittelst „rechter Klage" d. h. ordnungsmässig substanzirter Klage vorgehen; dem Zusatz zufolge kann er noch binnen Jahr und Tag die Einweisung *uppen hilgen untreden; he mut aver dat gut to hant vore stan unde to nesten dren dingen*, *of man darup klaget.* Er behält also die Parteirolle des Verklagten oder richtiger: die prozessual. Vortheile der Gewere.

seien und die ihnen „*mit gewalt entweret seyen und mit unrecht.*“ Der Verklagte, Herr Lutold, wendet ein, dass die Güter „*ym die voyte yngeantwort habin von meyns hern des Koniges wegin*“, beruft sich also auf gerichtliche Einweisung. Die Schöffen erkennen jedoch den Beweisvorzug resp. den prozessualischen Sieg den zur Zeit nicht mehr besitzenden Klägern zu.

> *Alzo alz her heinrich und her jan dirczeugit habin mit des Konigis Mayest. briffe, das sie des Konigis belehnte man seyn mit den gutern — die lutold ynne hat; unde sprechen, das die guter mit gewalt und unrecht geantwert seyn: habin sie das irczeuget alz sie schreybin, zo sint sie nehir dobey czu bleibin, wenne sie ymand dovon gedringen moge.*

Ein Goslar'sches Urtheil[14]) wendet denselben Rechtssatz an:

> *Nu is dissem sine were gebroken und en is nicht erkan t, dat he dat gud met unrechte gehad hebbe, und he het ok nu rechtes geweygert[15]): hirumme so meyne we, dat me de wunsteyne[16]), de gesat sin, mogeliken wedder opnemen schulle und one by siner weren laten, so lange dat se om met rechte gebroken werde.*

Auf demselben Grundsatz beruht es, dass wenn der Erbe auf Grund einer blossen Erbeslegitimation (also ohne gerichtliches Erkenntniss nach contradictorischem Verfahren) in ein Grundstück, als zum Nachlass gehörig, sich hat einweisen las-

14) Bei von Kamptz Provinzialrechte I. S. 377. Nro. 44. und bei Bruns Recht des Besitzes S. 325.

15) D. h. es ist weder nach vorausgegangener contradictorischer Verhandlung noch nach gültigem Contumazial-Verfahren ein Erkenntniss gegen ihn ergangen.

16) *wunne*=Wiese, Weide; also Wiesensteine d. h. Mark- oder Grenzsteine. Im Moringer Stadtrecht II. § 11. (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. VII. S. 307.) steht für Grenzsteine das Wort *wandesteine, wantsteyne.*

sen, nachträglich (d. h. binnen Jahr und Tag) aber die Wittwe des Erblassers mit der Behauptung auftritt, das Grundstück gehöre nicht zum Nachlasse, sondern sei ihr Eigenthum: nicht der Besitzer das Eigenthum seines Erblassers, sondern die Wittwe ihr Eigenthum zu erweisen berechtigt ist; denn wenn auch der Mann das Grundstück in seiner vormundschaftlichen Gewere hatte, so war doch seine Ehefrau zugleich mit im Besitze des Grundstücks; sie war daher durch jene richterliche Einweisung mit Unrecht entweldigt worden. Magdeb. Fragen I. c. 6. d. 1.

So wenig die richterliche Einweisung ohne rechtliches Gehör des bisherigen Besitzers von rechtlicher Wirksamkeit war, ebenso wenig auch die Einweisung durch einen incompetenten Richter.

Wismarer Statut bei Burmeister Alterthümer etc. S. 13. *Nemend unser borghere schal vorlesen sine were un bisittinghe unbiweghelkes ghudes dat binnen unsem lubeschen rechte light van bode geneghes mannes, wen allenen mit rechten ordelen na lubeschen rechte vor rade unde vor richte unser stad.*

§ 28. Die Behauptung älteren Besitzes.

Es wird in mehreren Stellen unzweideutig bezeugt, dass, wer zuerst den Besitz erworben hat, näher ist, sein Recht am Gut zu erhärten.

Richtsteig Lehnr. 29. § 2. *Up welkeren denne dat kumpt, de vrage: Sint he dat in olderen weren hebbe, eft he des icht neger to beholdene si.*

Ebendas. § 3. *Welk orer denne dat ersten heft upgeboret unde redeliken to sime tinsdage gepandet heft, dem des de merer meninge bi steid, de beholt dat gud.*

Bremer Urth. 32. v. 1332. (Oelrichs S. 178.) *Mach L. v. S. des vullencomen mit tughen, dat he hebbe de ol-*

deren were unde dat de waterlosinge dor M.'s erbe oldinges hebbe gan unde dat dhe waterlosinge van rechte dar dore scole gan, so scal dhe waterlosinge dor dat erve gan unde bliven, so ze oldinges heft ghewesen.

Münsterisches Rechtsweisthum für Bielefeld v. 1221[1]) (resp. 1326) Art. 41: *Qui potest duobus civibus probare priorem possessionem in pignore, debet potius obtinere, quam posterior possit infringere.*

Urth. v. 1368 im Lüneburger Urkundenb. Siebente Abtheil. S. 385 Nro. 631. *Wem de Bur bekennen unde to spreken der elderen besyttinghe unde were, dat de scholen by dem tegheden mit rechte bliven.*

Urth. aus dem Ende des 14. Jahrh. bei Wigand denkw. Beiträge S. 199. Nro. 19 . . . *da unse herre und sin stichte de eldesten weren hebbet an den straten . . . so en mogen de van Hoxer unsem heren und sinem stichte ere strate nicht vorbuwen.*

Der Rechtssatz selbst wird allseitig anerkannt, seine Bedeutung und sein Grund wird jedoch öfters missverstanden. Insbesondere ist es durchaus unrichtig, mit Delbrück Dingl. Klage S. 40 ff. den allgemeinen Vorzug einer älteren, d. h. früher einmal bestandenen und nun aufgehobenen Gewere vor der jüngeren, aber gegenwärtig fortdauernden, anzunehmen und das Fundament der sogen. dinglichen Klage in der Berufung auf älteren (ehemaligen) Besitz zu finden.

Bruns[2]) hat dies eingehend widerlegt und richtig hervorgehoben, dass „unter dem älteren Besitz nicht ehemaliger Besitz im Gegensatze zum jetzigen gemeint und ein Vorzug des ersteren vor dem letzteren bezeichnet ist, sondern dass

---

1) Vgl. Wilmans Westfäl. Urkundenb III. 1. S. 90.

2) Im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts von Becker u. Muther IV S. 21—30.

darunter lediglich gegenwärtiger Besitz, der nur früher angefangen hat und eben darum älter ist als ein anderer, verstanden ist."

Unzweideutig wird dies ausgesprochen in dem Urtheil der Mannen zu Donyn v. 1426. in Schirrmachers Urkundenb. der Stadt Liegnitz Nro. 570. S. 350:

Haben die Brauchatscher dy fryheit in dy heyde noch eres furstlichen brives awsweysunge . . . und in gebruchlichen geweren gehabet und behalden ee dy stad Legnicz dy heyde kauft und in gewere genomen haben, und auch ere gewere noch der stat kauffe beheet und behalden hetten und der ny entwerit weren, alse sie das seczen; konnen denne dy Brauchatscher erer rechten geweren doran also vulkomen und irweysen alse recht ist, so weren sie mit eren eldisten furstlichen briven und eren rechten beweysten geweren erer freyheyt noch des brives awsweysunge nehir czu behalden, wenne das sie dy ratmanne der stad Legnicz mit eren geweren und kauffe an erer eldisten vorbriften freyheit, der sie ny entwerit weren, dovon geweysin mochten.

Es steht die Bedeutung der älteren Gewere im genauesten Zusammenhange mit der eben erörterten Wirkung eigenmächtiger Besitzergreifung.

An einem Grundstücke können, wie schon oben hervorgehoben wurde, mehrere Personen gleichzeitig Besitzhandlungen vornehmen, die eigenmächtige Besitzergreifung eines Grundstücks ist daher durchaus nicht nothwendig verbunden mit einer Entsetzung des bisherigen Besitzers. Derselbe kann von den Besitzhandlungen des Gegners lange Zeit ohne Kenntniss bleiben und sich deshalb noch immer für den alleinigen und ungestörten Besitzer halten, und er kann auch seinerseits Besitzhandlungen ausüben, die mit denen des Gegners vielleicht lange Zeit gar nicht collidiren. Kömmt es dann zu einem

Rechtsstreit zwischen den beiden Prätendenten, so schreibt jeder von beiden sich den Besitz zu[3]).

Sowie nun der Beweis, dass man vom Gegner eigenmächtig aus dem Besitz verjagt worden sei, dem Gegner die Vortheile der Gewere entzieht und auf den Dejicirten überträgt, so muss auch der Beweis, dass der Gegner eigenmächtig sich in den Besitz eingedrängt habe, ihm die prozessualischen Vortheile der Gewere entziehen. Den Besitz einer Sache kann man aber ohne Eigenmacht nur erwerben, wenn die Sache von Niemandem in Besitz genommen ist (possessio vacua), es sei denn, dass der bisherige Besitzer selbst freiwillig den Besitz übertragen habe, oder dass in Folge rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils im Wege der Execution der bisherige Inhaber ausgewiesen und der neue Erwerber in den Besitz gesetzt worden ist.

Die Berufung auf ältere Gewere involvirt daher die Behauptung, dass zu der Zeit, als der Gegner den Besitz zuerst ausgeübt haben will, die Sache bereits anderweitig (nämlich von dem Behauptenden) in Besitz genommen war[4]), dass die Besitzergreifung des Gegners demnach eine eigenmächtige war und folglich von ihm keine Rechte aus seiner Gewere hergeleitet werden können[5]).

---

3) Ein Beispiel liefert der im Richtsteig Landr. c. 21. behandelte Fall.

4) Daher kann die Berufung auf älteren Besitz allerdings mit der Behauptung der Besitzentsetzung combinirt werden. So lautet z. B. ein in einer Urk. v. 1219 (bei Ehmck Bremisches Urkundenb. I. Nro. 116. S. 127) referirtes Urtheil: si memorati canonici violentam ejectionem et primam agri possessionem per circumsedentes homines possent probare etc.

5) In demselben Sinne heisst es im c. 9. X. de prob. (II. 19.), dass wenn der eine Theil Besitz seit 60 Jahren, der andere Besitzhandlungen seit 50 Jahren beweist, von letzterem: procul dubio sine justo titulo percipere inceperunt; cum duo insimul eandem rem et eodem modo in solidum possidere non possint. Vgl. auch Bruns a. a. O. S. 29.

Kann der Gegner einwenden, dass ihm jener ältere Besitzer selbst den Besitz übertragen habe, so wird dadurch die Berufung auf früheren Besitz entkräftet [6]).

Für die Berechnung der Dauer der Besitzzeit kömmt bei jeder Partei die Besitzzeit ihrer Vorgänger, namentlich des Erblassers mit in Ansatz [7]).

§. 29. Beide Theile behaupten gleiche Gewere.

Wenn jeder von beiden Theilen sich die Gewere zuschreibt, ohne dass Einer dem Andern eigenmächtige Besitz-Anmassung nachzuweisen und ihm dadurch die prozessualischen Vortheile der Gewere zu entziehen vermag, so ist aus dem Grundprinzip, das den Prozess um Immobilien beherrscht, — dass nämlich die in der Gewere befindliche Partei ihr Besitzrecht erhärtet, wenn der Gegner nicht im Stande ist, den Erwerb desselben in positiver Weise anzufechten — eine Lösung unmittelbar nicht zu finden. Man kann aber auf folgenden Wegen dazu gelangen:

I. Zunächst kann eine Beseitigung dieser Schwierigkeit dadurch versucht werden, dass sich die Parteien über den Begriff des Besitzes verständigen. Nicht jede Besitzhandlung an Grundstücken genügt, um als wirkliche Gewere erachtet zu werden. Man kann an einem fremden Grundstücke vielerlei Handlungen vornehmen, darüber gehen, reiten, fahren, Vieh darüber treiben, Wasser, Sand, Lehm, Steine daraus holen, auf

6) Donynscher Rechtspr. bei Wasserschleben I. S. 369. c. 17. — Delbrück a. a. O. S. 51. nimmt in diesem Falle eine „stärkere Gewere" an.

7) Richtst. Lehnr. 22 § 5. *Wo lange ok din vater en len in sinen weren gehat heft, dat machstu reken to der tid dat du id gehad hest in geweren, unde ok met eden, wen de vader ervet up den son also vaste de were des gudes also dat gud.*

demselben fischen und jagen [1]) u. s. w., ohne es doch in Wahrheit in Besitz genommen zu haben. Wenn daher beide Parteien sich den Besitz zuschreiben, so lässt sich dieser Widerspruch bisweilen dadurch beseitigen, dass sie ihre allgemeine Behauptung näher spezialisiren, indem sie die Art und Weise der Besitz-Ausübung angeben. Als wirklicher Besitzer gilt nur derjenige, welcher die Nutzungen des Gutes zieht, die *boringe*, seien es nun die Natural-Erträgnisse, seien es die Erbzins- oder Pachtgelder, wie oben näher dargelegt worden ist. Demgemäss lehren die Richtsteige, Landr. 26. § 6. und Lehnr. 29. § 2. zunächst die Urtheilsfrage: „*we dar denne tu rechte de were an hebbe*", und das Urtheil: „*de it in nut unde in gelde hebbe*" oder „*de den tins darut boret*". Erst wenn beide Theile behaupten: „*se hedden den tins dar beide ut geboret*", tritt eine wirkliche Collision ebenbürtiger Prozessbehauptungen ein.

II. Für das Gebiet des Lehnrechts gilt nun in einem solchen Falle die singuläre Bestimmung, dass wenn eine Partei sich für den Vasallen der anderen erklärt und demgemäss die Lehnsherrlichkeit des Gegners über sich und das streitige Gut anerkennt, sie ein Vorzugsrecht hat, ihre Gewere resp. dann auf Grund derselben ihr Lehnrecht zu beweisen.

> Sächs. Lehnr. 41. *Of die herre unde die man ene gewere in seget an eneme gude unde dat biedet to getügene, des mannes getüch gat vor, wenne he deme herren des gudes nicht entseget, al hevet he't von ime to lene.*

Die Anwendung dieser Regel hat drei Voraussetzungen. Die erste ist, dass der Prozess zwischen zwei Personen schwebt, von denen die eine behauptet, von der anderen beliehen zu sein, während die andere dies bestreitet. Dies ergiebt sich

---

1) Vgl. z. B. das Magdeb. Sch.-Urth. bei Neumann Weisthümer Nr. 20.

namentlich aus dem für die Regel angeführten Grund, welcher im Auct. vet. I. 102 lautet: domini enim non negat beneficium esse, cum se ab illo dicit inbeneficiatum, womit die Lesart: *dieweil ers von ime to lene hat* übereinstimmt [2]). Demgemäss findet diese Regel z. B. keine Anwendung, wenn der Kläger den Verklagten als seinen Vasallen in Anspruch nimmt, der Verklagte dagegen behauptet, von dem Herrn des Klägers unmittelbar beliehen zu sein. Richtst. Lehnr. 15. § 8. Sächs. Lehnr. 38. § 2. [3])

Die zweite Voraussetzung ist, dass sich beide Theile die ledigliche Gewere [4]) zuschreiben. Der Nachdruck in den Anfangsworten der Stelle liegt nicht auf *gewere*, sondern auf *ene*. Die Regel ist also nicht auf den Fall zu beziehen, dass sich der Herr die Gewere des Lehnsmanns anrechnet und aus diesem Grunde sich eine (lehnsherrliche) Gewere am Gute zuschreibt; denn es ist bereits oben ausgeführt worden, dass nur dritten Personen gegenüber diese Zurechnung stattfindet, im Verhältniss zwischen Lehnsherrn und Vasallen dagegen der letztere die Gewere hat. Behauptet daher der Vasall die ledigliche Gewere, der Herr dagegen nur die lehnsherrliche Gewere, so ergiebt sich bereits aus allgemeinen Gründen der Beweisvorzug des ersteren für sein Lehnrecht. Dass die Stelle aber diesen allgemein fetsstehenden Grundsatz nicht wiederholen will, ergiebt sich aus der Beifügung eines besonderen Grundes, und wird bestätigt durch die Fassung der Regel in der

Bewysinge umme len. (Homeyer S. 364.) „*Spreken aver twe eyn gut an met liker were*" und ferner: *it ne sy denne dat id so eyn herre und syn man gelike anspreken.*"

---

2) Homeyer zu Sächs. Lehnr. 41. Note 10 und Sachsensp. II. 2. S. 616.

3) Homeyer a. a. O.

4) Siehe S. 165. Note 16.

Die dritte Voraussetzung ist die, dass der Mann den Besitz nicht gewaltsam sich angemasst habe. Dieselben inneren Gründe, welche diese Regel im Allgemeinen rechtfertigen, greifen auch in diesem Falle Platz, da es sonst leicht hätte vorkommen können, dass Jemand durch eigenmächtige Occupation eines fremden Gutes das Beweisvorrecht für die erdichtete Behauptung, mit demselben von dem bisherigen Besitzer beliehen zu sein, erlangt hätte. Bestätigt wird dies durch ein Argumentum e contrario aus Sächs. Lehnr. 57. § 3, wonach demjenigen, der ein Gedinge oder eine Wardung an einem Lehn zu haben behauptet, nur dann freigestellt wird, nach dem Tode des bisherigen Besitzers sich des Gutes zu unterwinden, wenn der Herr den (unmittelbaren, lediglichen) Besitz daran noch nicht ergriffen hat [5]), und unter der Verpflichtung

deste he't tohant vorsta unde sin recht daran berede jegen sinen herren, svenne he ine darumme scüldeget oder darumme degedinget.

Es ergiebt sich hieraus, das die Regel des Sächsischen Lehnr. 41 einen sehr beschränkten Kreis für ihre Anwendbarkeit hat. Dieselbe ist auch nicht aus allgemeinen Rechtsprinzipien herzuleiten, sondern eine auf Zweckmässigkeitsgründen beruhende positive Begünstigung des Mannes, für welche die Sächs. Rechtsbücher den unzureichenden Grund anführen, dass das Gut dem Herrn ja nicht völlig entzogen werde. Das Schwäb. Lehnr. 74. fügt ergänzend hinzu, dass im entgegengesetzten Falle, d. h. wenn der Herr den Beweisvorzug hätte, viele Lehen verloren gingen, welche die Vasallen so behalten.

Aus der Natur dieser Regel als einer singulären Bestimmung ergiebt sich aber, dass sie nicht extensiv interpretirt werden, namentlich nicht auf landrechtliche abgeleitete Besitz-

---

5) *Underwint is sik ok jene dem en wardunge oder en gedinge daran gelegen is er den die herre, he ne missedut nicht.*

rechte ausgedehnt werden darf. Man darf daher aus Sächs. Lehnr. 41. nicht etwa den allgemeinen Rechtssatz ableiten, dass wenn 2 Personen sich Besitz und Nutzniessung an demselben Grundstücke zuschreiben, die eine jedoch ein beschränktes Besitzrecht behauptet, welches von dem der andern abgeleitet ist, z. B. sich Erbpachtsrecht, oder Satzungs- oder Leibzuchtsrecht zuschreibt, während sie das Eigenthumsrecht des Gegners anerkennt, diejenige Partei das Beweisvorrecht habe, welche das abgeleitete Recht behauptet.

III Wenn nun der von der speziellen Anordnung des Sächs. Lehnr. 41. getroffene Fall nicht vorliegt, so soll nach der allgemein herrschenden Ansicht[6]) diejenige Partei den Beweisvorzug haben, welche ein stärkeres Besitzrecht und event. einen besseren Besitztitel behauptet; wenn jedoch beide Theile nicht nur factischen Besitz sich zuschreiben, sondern auch in der Behauptung des Rechts auf den Besitz einander gleichstehen, so sei äussersten Falls der Streit durch das Urtheil der Umsassen zu entscheiden.

Für diese Ansicht spricht, dass das Prinzip des Deutschen Prozesses von der strengen Einseitigkeit des Beweisrechts bei ihr bis zur äussersten Grenze innegehalten wird. Auch die Fassung der Quellenstellen, welche unsere Frage betreffen, scheint bei oberflächlicher Betrachtung dieser Ansicht günstig zu sein; denn in Sachsensp. II. 43. § 1. wird für den Fall, dass *se't mit geliker were* ansprechen und der Eine Lehnrecht der Andere Eigenthum behauptet, das Gemeindezeugniss nicht erwähnt, sondern der Beweisvorzug des letzteren anerkannt; während nach Sachsensp. III. 21. § 1.

6) Vgl. Planck Zeitschr. für D. R. X. S. 288. Homeyer Sachsenspiegel II. 2. S. 619 und Richtst. Landr. S. 497. 498. Stobbe Gewere S. 447. Rückert Untersuchungen S. 179. Platner Histor. Entwickl. II S. 393. Anderer Ansicht ist Stein Unters. S. 138.

die Umsassen dann befragt werden sollen, wenn beide das Gut ansprechen *mit geliker ansprake.*

Dessenungeachtet ist diese Theorie nicht haltbar. Sie hängt mit der Auffassung zusammen, als komme es bei dem Prozess des mittelalterlichen Rechts rücksichtlich der Vertheilung des Beweisrechts gleichsam auf eine Versteigerung hinaus. Wer in seinen Behauptungen das Meiste bietet, erhält den Beweis zugeschlagen. Das niedrigste Gebot ist einfache Gewere, dann folgt bessere (z. B. ältere oder rechte) Gewere; ist in dieser Hinsicht das Angebot gleich, so kommen dann die Besitzrechte an die Reihe; bieten beide Theile an, das vollkommenste Besitzrecht, das Eigenthum, zu beweisen, so können sie noch zu den Erwerbstiteln greifen und z. B. Kauf durch Erbrecht überbieten. Erst wenn kein Theil den andern mehr überbietet, sondern das Angebot beider völlig gleich ist, erfolgt der Zuschlag gleichsam gemeinschaftlich durch Gestattung eines gemeinschaftlichen Beweismittels und wenn auch dies nicht den Ausschlag giebt, durch Theilung des litigiösen Grundstücks [7]). Am bestimmtesten ist dieser Gedanke in der Darstellung Planck's ausgedrückt, der ihn in die Fassung kleidet, dass derjenige, welcher mehr behauptet, im Begriffe steht, mehr zu verlieren und deshalb näher ist, das zu behalten, was er sich selbst zuschreibt.

Wie man bei einem derartigen Grundprinzip des Prozesses eine mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und mit den Sicherheit wohlerworbener Rechte vereinbare Rechtspflege sich vorstellen soll, ist schwer zu begreifen. Denn vor Gericht behaupten lässt sich Alles, und wenn der Umstand allein, dass man den Andern durch Behauptungen überbietet, den unschätzbaren Vortheil eines einseitigen Beweisrechts verschafft, so ist Niemand, der ein Grundstück nach irgend einem andern

7) Vgl. oben S. 43.

Rechte als zu Erbeigen besitzt, sicher, dass er nicht eines Tages vor Gericht geladen wird, dort anhören muss, wie ein Anderer mit Dreistigkeit behauptet, im unangefochtenen Besitz des Grundstücks zu sein, welches er als freies Eigenthum geerbt habe, und zum Lohn für die Kühnheit seiner Angaben zum Beweise dieser völlig erdichteten Behauptungen mit 6 von ihm selbst aufgestellten Zeugen verstattet wird, ohne dass dem wirklichen Besitzer irgend eine andere Möglichkeit sich zu schützen, verstattet ist, als der stets sehr precäre Weg einer nachträglichen Klage wegen Meineides.

Die Erörterungen aller einzelnen Klagen, sowohl um Geldschulden, als um Mobilien als um Immobilien, zeigen vielmehr, dass der Deutsche Prozess auf einem rationelleren Fundament ruht, und dass die Vertheilung des Beweisrechts im engsten Zusammenhange steht mit dem Begriff und der Substanzirung der Klagen und Einreden. Insbesondere glauben wir für Prozesse um Grundstücke den der Billigkeit entsprechenden Grundsatz nachweisen und durchführen zu können, dass zunächst diejenige Partei, welche im Besitz sich befindet, dazu gelangt, ihr Besitzrecht zu erhärten, es sei denn, dass der Gegner darlegt, aus welchem Grunde er den Erwerb dieses Besitzrechts anzufechten (oder die Uebertragung des Besitzes zu verlangen), befugt ist. Behaupten daher beide Parteien Besitz, so muss zunächst diese Vorfrage entschieden werden; von der Beantwortung derselben hängt es ab, welche von beiden Parteien dann für die Entscheidung des Rechtsstreites die vortheilhafte Lage des Besitzers hat, d. h. einer unsubstanzirten Ansprache gegenüber zum einseitigen Beweise ihres Besitzrechts kömmt. Die Beantwortung dieser Frage kann nicht übersprungen werden dadurch, dass eine Partei zur Behauptung des Besitzes noch die Behauptung eines bevorzugten Besitzrechts häuft und durch diese blosse Behauptung sich die prozessualischen Vortheile des Besitzers verschafft.

Dass diese Auffassung einem rationellen Verfahren und der Billigkeit mehr entspricht, als die allgemein herrschende, dürfte man wol zugeben; wie verträgt sich dieselbe aber mit den positiven Zeugnissen der Quellen?

Was zunächst Sachsensp. III. 21. § 1 anlangt, so sind die Worte:

spreket tvene man to weder stride en gut an mit geliker ansprake unde dat mit gelikeme getüge behaldet

in jedem Falle mehrdeutig und schlecht gefasst [8]). In welcher Beziehung die Ansprache gleich sei, wird nicht näher angegeben; ebenso wenig, worauf das gleiche Zeugniss gerichtet war; die Stelle schliesst daher die Interpretation nicht aus: Sprechen zwei Leute dasselbe Gut an mit der gleichen Behauptung, es in rechtmässigem thatsächlichem Besitze zu haben u. s. w.

Dasselbe gilt von der entsprechenden Stelle des Sächs. Lehnr. 40. § 1. „*of sie tvene en gut anspreket gelike*"; allein hier findet sich eine ausdrückliche Andeutung, dass die gleiche Ansprache nur die Behauptung gleicher Gewere bedeutet, in den folgenden Worten „*unde geliken tüch dar to biedet die gewere to behaldene*".

In beiden Stellen scheint die Ungelenkigkeit der Deutschen Sprache damaliger Zeit zur Darstellung von Rechtsfragen die Ursache der undeutlichen Fassung zu sein; denn wir finden völlige Klarheit in dem correspondirenden Artikel des

Vetus Auctor 98. *Si autem discordantes duo possessionem in beneficio praebent probare testibus, quo eorum neuter ab altero sit inbeneficiatus, amborum audiatur testimonium et inquirantur homines in eadem villa manentes et in circumjacente qualibet proxima.*

Also wenn beide Prozessparteien an einem Lehngut sich Besitz zuschreiben, ohne dass der oben unter II erörterte

8) Die Fassung der Stelle ist auch in anderer Beziehung sehr incorrect. Vgl Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 622 a. Anf.

spezielle Fall vorliegt, so soll das einseitige Beweisverfahren verlassen und zur Vernehmung der von beiden Theilen vorgeschlagenen Zeugen und zur Inquisition der Nachbarn geschritten werden.

Uebereinstimmend damit ist auch der Richtst. Landrechts 26. § 6: *Secht jene he hebbet in gelde unde sechst du ok, so vrage oft gi des tu rechte icht uppe de ummesaten scolen gan.* Auch hier ist demnach von der Behauptung gleichen Titels keine Rede, sondern die Befragung der Umsassen tritt ein, wenn beide Theile hebbende (nutzbare) Gewere sich zuschreiben.

Es bleibt demnach nur Sachsensp. II. 43. übrig, welche Stelle auf den ersten Blick allerdings unserer Auffassung entgegen zu stehen scheint.

> § 1. *Sve en gut eme seget to lene unde en ander seget it si sin egen, spreket se't mit geliker were an, jene mut it bat to egene behalden mit tvier scepenen getüge, denne die andere to lene.* §. 2. *Erft egen mut ok en man bat behalden den en ander gekoft egen oder gegeven.*

Diese Stelle ist einer sehr vielfachen Deutung fähig und schon seit dem Richtsteig und der Glosse hat man sie in anderem Sinne verstanden, als sich bei strenger Wortinterpretation ergiebt. Gleichviel aber wie man sie auslegen will, in jedem Fall ist festzuhalten, dass in der Stelle gar nicht gesagt wird, dass die Gewere selbst streitig ist. Es kann ja gegenseitig zugestanden sein, dass jeder von beiden Theilen noch im letzten Jahre Besitzhandlungen vorgenommen hat, ohne dass sich die Priorität des Besitzerwerbes ermitteln lässt. Ebenso lässt sich der entgegengesetzte Fall unterstellen, dass keiner von beiden Theilen nutzbaren Besitz behaupten und nachweisen kann. Es ist zwar nicht correct, in diesem Falle zu sagen, beide sprechen das Gut mit gleicher Gewere an;

dagegen kann man wol sagen: beide Theile stehen sich bei ihren Behauptungen hinsichtlich der Gewere gleich. In der That versteht der Richtst. Landr. 27. § 1. den Satz so und kleidet ihn in die Fassung: „*Claget en uppe gut unde secht it si sin len, de ander secht, it si sin egen, unde hebbe gi beide nene gewere daranne*“ und ebenso die Glosse zu Sachsenspiegel II. 43. § 1 [9]). Der Wortlaut der Stelle widerlegt daher keineswegs die Annahme, dass wenn beide Parteien factischen Besitz behaupten und jeder die Behauptung des andern bestreitet, zunächst die Besitzfrage zu entscheiden ist.

Ueberdies aber kann die Stelle unmöglich so allgemein verstanden werden, wie sie gefasst ist [10]). Es ist schon mehrfach die Bemerkung ausgesprochen worden, dass es mindestens doch dem Lehnsbesitzer frei stehen müsste, sich auf seinen Lehnsherrn zu berufen, um dem Eigenthums-Anspruch des Klägers ebenfalls einen Eigenthums-Anspruch entgegensetzen zu können. Während ferner es ein allgemeiner Grundsatz des Prozesses um Grundstücke ist, dass Gewere und Besitzrecht selbsiebent erwiesen werden [11]), fordert unsere Stelle das Zeugniss von zwei Schöffen [12]). Man muss daher annehmen, dass der Verfasser des Sachsensp. bei dieser Stelle einen speziellen

---

9) Auch Hänel Beweiss. S. 196 versteht die Stelle des Sachsenspiegels von dem Falle, dass kein Theil factischen Besitz hat.

10) Eine Consequenz derselben wäre z. B. die, dass wenn die Grenze zwischen einem Allodial- und einem Feudalgrundstück streitig ist, oder wenn es bestritten ist, ob eine Wald-, Wiesen- oder Ackerparzelle, an der beide Theile Besitzhandlungen vorgenommen zu haben behaupten, Pertinenz eines Allodialgutes oder eines Feudalguts ist, in allen Fällen das Beweisrecht dem Besitzer des Allodialgutes zufallen würde. Für jedes Lehngut wäre eine allodiale Besitzung eine gefährliche Nachbarschaft gewesen.

11) Gleich der folgende Artikel des Sachsensp. stellt die Regel auf, dass *die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen* erwiesen wird.

12) Vgl. Planck S. 288 fg.

Fall vor Augen hat [13]); am wahrscheinlichsten darf man an den Fall der Erbtheilung denken, bei der im Falle eines Streites unter mehreren Erbprätendenten die allodiale Qualität des Grundstücks gegenüber der Behauptung, dasselbe sei nach Lehnrecht besessen, durch die Auskunft zweier Schöffen dargethan wird [14]). Auch der § 2. kann nur von dem Falle verstanden werden, dass die eine Partei gerade von dem Erblasser des Gegners das Grundstück gekauft haben will [15]). Denn dass Jemand mit der blossen Behauptung, ein Grundstück von A. geerbt zu haben, einem Gegner gegenüber, der es von B. gekauft hat und sich im Besitze befindet, nicht das Beweisvorrecht erlangt, wird in vielen Stellen zweifellos ausgesprochen [16]).

Aus diesen Erörterungen ergiebt sich, dass man aus Sachsensp. II. 43. kein allgemeines Prinzip für die Behandlung der sog. dinglichen Prozesse ableiten darf, und das insbesondere diese Stelle den Rechtssatz nicht beweist, dass, im Falle beide Theile sich ausschliesslichen, factischen Besitz zuschreiben, die Behauptung des bessern Rechts den Beweisvorzug begründet.

Ausser diesen Stellen der Rechtsbücher werden fast bei allen Schriftstellern zum Beweise, dass bei der Behauptung gleicher Gewere die Partei, welche Eigenthum behauptet, den

---

13) Bemerkenswerth ist es, dass Purgoldt VI c. 66 den Satz gerade umkehrt: *jhener mus es bas zcu lehen behalden dan ein ander man vor vorkouft ader vorgeben eygen. Dit ist der stat recht.*

14) Vgl. Glosse ad. h. l. Planck a. a. O. Note 188. Hänel a. a. O.; auch v. Bar Beweisurth. S. 147. Note 247 a.

15) So versteht auch der Richtsteig Landr. 27 diese Stelle. Dieselbe enthält demnach denselben Rechtssatz wie Gosl. Stat. S. 9. Z. 6 und Blume des Magd. Rechts I. 122. (Homeyer Richtst. S. 348). Vgl. auch Delbrück Zeitschr. f. D. R. Bd. XIX. S. 112. – Die Glosse bezieht die Worte des Sachsensp. nur auf die grössere Leichtigkeit des Beweises, da sich der Erbe nicht auf den Auctor zu beziehen braucht.

16) Siehe unten § 39.

Beweisvorzug habe vor der Partei, welche Lehn behauptet, noch zwei Urkunden citirt.

Die eine ist der Rechtsspruch des Grafen von Blankenburg v. 1321 bei Schottel de singular. quibusd. jur. p. 142. Der Graf von Anhalt behauptet, dass das Haus zu Aschersleben „*tho synen Fanlehnen höre in synes rechten Lehensgeweren*“; der Bischof von Halberstadt behauptet, dass das Haus „*sin erven eygen sy und he idt in hebbenden wehren und in erven wehren hebbe*“. Es wird erkannt, dass man den Bischof *in synen eigentlich erven hebbenden wehren besitten schall lathen wente man ohme de eigentlicken wehre brecke alsse recht ist.* Es ist nun klar, dass factischen Besitz *(hebbende gewere)* nur der Bischof von Halberstadt behauptet und sein Besitz gar nicht bestritten ist, während der Graf von Anhalt nur behauptet, das Haus gehöre zu seinem Fürstenthum, mit dem er belehnt sei. Es ist also die Voraussetzung gleicher Gewere resp. deren Behauptung gar nicht vorhanden, sondern nur Ein Theil hat die Gewere und kömmt in Folge dessen zum Beweise seines Rechts.

Die andere Urkunde ist der Rechtsspruch von 1347 in dem Prozess zwischen dem Erzbischof von Magdeburg und dem Herzog von Braunschweig bei Gercken Cod. dipl. Brandenburgensis IV. p. 475 sqq. Die Berufung auf diese Urkunde für jene Ansicht erweckt fast die Vermuthung, dass man blos einen aus dem Zusammenhang gerissenen Satz derselben gelesen habe. Der Rechtsfall ist nämlich folgender: In einer grossen Reihe von Streitpunkten behauptet der Erzbischof übereinstimmend, der Herzog habe Güter in Besitz genommen, welche dem Stift als Eigenthum zugehören und demselben als ledig gewordene Lehen heimgefallen seien. Ueberall entgegnet der Herzog, er habe an diesen Gütern Lehnrecht und habe sie in rechter Gewere. In allen Streitpunkten wird übereinstimmend nicht dem Erzbischof der Be-

weis des Eigenthums, sondern dem Herzog der Beweis des Lehnrechts zuerkannt. Um das Beweisrecht zu erlangen, erklärt der Erzbischof (p. 484):

> *Alle dis vorgen. gut, das ist unse eigen und unses goteshuses und haben das in unsen eigentlichen weren unde wollen das behalden und bewisen, wi wir unse eigen und unse eigentliche were zu rechte behalden und bewisen sollen. Saget ouch yemand dis vorgen. gut sich zu lehne, ob wir danne gegen deme unses eigens icht neher zu behalden sin, dann her zu lehne sy?*

Der Herzog entgegnet: „*das wir die vorgen. schloss und gut in unsin habenden weren haben und habin die besessin bis an diesen tag*“, indem er zugleich das Eigenthumsrecht des Erzstiftes bestreitet.

Darauf lautet der Urtheilsspruch:

> *Als wir in den rechten finden geschreben* (folgt Sachsenpiegel II. 43. § 1.); *ouch finde wir in dem rechte geschreben: Wer die rechte were an einem gute hat, der sal es mit merem rechte behalden, wann jener der der rechten were darbet.* (vergl. Sachsensp. III. 32. § 6.)

Der Sinn des Urtheilsspruchs ist demnach der: Es steht zwar im Sachsensp., dass der Beweis des Eigenthums den Vorzug habe vor dem Beweise des Lehnrechts; allein die Berufung auf diesen Rechtssatz kann dem Erzbischof nicht zu Statten kommen, vielmehr seien die im Vorhergehenden gefällten Urtheile wol begründet, denn in demselben Rechte stehe auch geschrieben, dass derjenige, der die rechte Gewere hat, demjenigen vorgeht, der der rechten Gewere darbt. Die Urkunde bietet daher in keinem Falle einen Belag dafür, dass der von der herrschenden Ansicht aus Sachsp. II. 43. abgeleitete Rechtssatz eine practische Anwendung gefunden habe; da sie diesen Rechtssatz grade als im vorliegenden Falle unanwendbar erklärt.

Der Ausdruck *rechte were* bedeutet aber, wie sich aus dem Inhalt des Urtheils ergiebt, hier nichts Anderes als *hebbende were*, sowie in vielen anderen Stellen, z. B. Richtst. Landr. 26. § 6. Note 45. Richtst. Lehnr. 29. § 2. Der Sachsenspiegel spricht in der oben citirten Stelle (III. 32. § 6.) dem Besitzer das Beweisvorrecht zu; er enthält aber keine Stelle, welche den Beweisvorzug von der rechten Gewere im technischen Sinne abhängig machte. Auch behauptet der Herzog in den vorhergehenden Ausführungen keineswegs, dass er den Besitz seit Jahr und Tag unangefochten ausgeübt habe, und endlich wird ihm überall der Beweis auferlegt, dass er seinen Lehnsherrn als Gewähren stellen solle, während bei rechter Gewere im technischen Sinne der Beweis mit dem alleinigen Eide genügte.

Dass der Herzog aber die hebbende Gewere hat, ist unbestritten. Denn in den vorhergehenden Anführungen der Parteien behauptet überall der Erzbischof selbst, dass sich der Herzog der streitigen Güter unterwunden habe, giebt also den factischen Besitz des Herzogs zu. Wenn demnach in dem mitgetheilten Passus der Erzbischof sich *„eigentliche were“* zuschreibt, so ist dies lediglich eine Umschreibung für Eigenthumsrecht. Aus allen diesen Gründen folgt, dass das in Rede stehende Urtheil lediglich auf dem Rechtssatze beruht: der wirkliche unbestrittene Besitz begründet das Recht, den Besitztitel zu erweisen.

Die Quellen rechtfertigen mithin die Ansicht nicht, dass, falls beide Parteien factischen Besitz behaupten, die Behauptung des stärkeren Rechts den Beweisvorzug begründet, sondern, indem sie das Beweisrecht des Besitzrechtes lediglich von der hebbenden Gewere abhängig machen, bestätigen sie zugleich, dass wenn der factische Besitz selbst bestritten ist, zunächst dieser Streitpunkt als präjudiziell erledigt werden muss.

Diese Vorfrage kann nun nicht durch Zeugen, welche die Parteien selbst produciren und welche die von den Parteien aufgestellten Behauptungen als der Wahrheit entsprechend mit beschwören, in allen Fällen und mit Sicherheit entschieden werden. Denn es hätte sehr oft vorkommen müssen, dass jede Partei die vorschriftsmässige Anzahl von sechs solcher Zeugen vorzubringen sich erbot. Hier musste nicht nur die Einseitigkeit des Beweisverfahrens aufgegeben, sondern damit zugleich die Art und Weise der Production und der Aussage der Zeugen geändert werden. Diese Abweichung von dem regelmässigen Gange des Prozesses hat aber um so weniger etwas Befremdliches, als schon in fränkischer Zeit, zu der doch die Zeugen-Aussagen sich sehr viel enger an die Partei-Behauptungen anschlossen, als in der späteren Zeit, bei Prozessen um Grundstücke dieselbe Art einer freieren Beweiserhebung Seitens des Gerichts zulässig war, welche der Sachsenspiegel zur Feststellung des Besitzstandes vorschreibt.

Durch die vortrefflichen Untersuchungen Brunner's [17]) ist für die spätere fränkische Zeit der Gegensatz des Zeugenbeweises und des Inquisitionsbeweises auf das Deutlichste aufgehellt worden. Hinsichtlich des Gegenstandes der Inquisition führt er S. 139. ff. den Nachweis, dass das ursprüngliche und eigentliche Gebiet des Inquisitionsbeweises — soweit er überhaupt zulässig war — das des Gemeindezeugnisses war und dass die Handhabung des inquisitorischen Beweisverfahrens in überwiegendem Masse bei Streitigkeiten um unbewegliches Gut und Eigenleute und bei Statusprozessen stattfand. Auch Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 621 hat auf den Zusammenhang des im Sachsenspiegel erwähnten Nachbarzeugnisses mit

---

17) Zeugen und Inquisitionsbeweis der carolingischen Zeit. Wien 1860. (Sitzungsber. der phil.-histor. Klasse der kaiserl. Acad. der Wissensch. Bd. 51. S. 343 ff.).

der *assisa*, die ihrerseits ja auf der *enqueste* (*inquisitio*) beruht, aufmerksam gemacht [18]). Im Englischen Rechte führen grade die Besitzklagen den technischen Namen *Assisae* [19]). Bis in eine frühe Zeit hinauf lassen sich Beispiele dafür erbringen, dass über streitige Grenzen und andere Besitzstreitigkeiten die *commarchani*, *vicini*, *commanentes* vernommen werden. Man war daher daran gewöhnt, zur Erledigung solcher Fragen den einseitigen und formalen Zeugenbeweis im technischen Sinne zu verlassen und ein zur Ermittelung der objectiven Wahrheit besser geeignetes Verfahren einzuschlagen, und es ist daher keineswegs durch den Character des Deutschen Prozesses um Grundstücke geboten, die Befragung der Umsassen als ein streng subsidiäres Mittel aufzufassen, zu welchem nach Homeyers Ausdruck (a. a. O. S. 620.) „der Rechtsgang nur dann sich bequemt, wenn kein Grund vorhanden ist, dem einen Theil vor dem andern den Beweis zu gönnen, ein einseitiges Beweismittel zuzulassen" [20]).

Ueber das Verfahren bei Vornahme der Inquisition enthalten die Sächsischen Rechtsbücher und Urkunden Notizen, welche ein ziemlich deutliches Bild desselben gewähren [21]).

---

18) Ein interessantes, die Insel Alsen betreffendes Beispiel für die Anwendung der Jury zur Entscheidung von Besitzstreitigkeiten giebt die Urk. v. 1284 in der Schleswig-Holst.-Lauenb. Urk.-Samml. I. Nro. 110. S. 121. Vgl. auch das Urth. v. 1374 ebendas. II. Nro. 420. S. 509.

19) Eine detaillirte Darstellung liefert Gundermann Englisches Privatrecht. Tübing. 1864. I. S. 331 ff.

20) Deutliche Beläge dafür, dass selbst wenn die eine Partei unstreitig im gegenwärtigen Besitze sich befindet, sie die Dauer desselben durch die Umsassen beweisen kann, sind u. a. das Urtheil der Dienstmannen des Herzogs v. Sachsen v. 1314 bei Sudendorf Urkundenb. I. S. 140. Nro. 237: *De dat ghut in der were hadden jar und dach und dritich jar, kunnen se des vollenkommen mit der kuntscap, dat se dat ghut also lange ane rechte bisprake biseten hebben, so biholden se dat ghut;* und das Urtheil des Ritters von Tharensen v. 1318 ebendas. S. 162. Nro. 301.

21) Vgl. über die ältere Zeit Brunner S. 143 ff.

Wenn das Gericht die Vernehmung der Umsassen beschliesst[22]), so werden dieselben zu einer Versammlung zusammenberufen. Die Befragung derselben muss an Ort und Stelle geschehen, wo die streitigen Grundstücke liegen[23]).

Vetus Auctor 98. . . *inquirantur homines in eadem villa manentes et in circumjacente qualibet proxima . . . Hujus testimonium terminabitur in ipso loco, in quo bona sunt sita, de quibus est discordia.*

Sächs. Lehnr. 40. § 1. *Man sal in beiden besceiden in dat dorp dar dat gut leget, die gewere to behaldene.*

Urk v. 1338 im Hoyer Urkundenb. Siebente Abtheilung. Nro. 91. S. 60. Die Zugehörigkeit eines Feldes zur Dorfalmende ist „*per veredicos, qui vulgariter dicuntur kunscop, illic undique commoran-*

---

22) Auch compromissarisch können die Parteien die Entscheidung ihres Rechtsstreites der eidlichen Aussage von zuverlässigen Männern, denen die Besitzverhältnisse kundlich sind, unterwerfen. Vgl Urk. v. 1212 bei Seibertz Urk. B. I. Nro. 138. S. 180. Urk. v. 1206 bei Gersdorf Urk. B. des Hochstifts Meissen I. Nro. 74. S. 71. Die Gränze zwischen dem Bisthum Meissen und Böhmen in der Lausitz wurde ebenfalls auf diese Weise festgestellt Urk. v. 1241 ebendas. I. Nro 121. S. 109 ff. In dem Vertrage von 1269 bei Wilmans Westfäl. Urkundenbuch III. 1. Nro. 826. (S. 431 gegen Ende) einigen sich die Parteien darüber, dass die streitige Grenze ihrer Forsten von 6 Schiedsleuten festgestellt werden soll, qui assumptis vicinis et notis perquisita veritate hujusmodi quaestionem.... terminabunt. Vergl. Urk. v. 1388 bei Grimm Weisth. III. S. 401.

23) Auch hierin zeigt sich der Gegensatz der Inquisition der Umsassen gegen den Beweis durch Zeugen, indem die letzteren von dem Beweisführer beim Prozessgericht gestellt werden müssen. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeindegenossen als Zeugen verhört werden. Der Unterschied wird anschaulich, wenn man etwa die von Inquisition der Umsassen redende, im Text citirte Urk. v. 1396 im Cod. dipl. Silesiae vergleicht mit der Urk. v. 1415 in Schirrmachers Liegnitzer Urkundenbuch Nro. 484. S. 304 über eine Zeugenaussage der „*gemeyne, schaulczen, gebawer und gertener czu kunitz*“. Vergl auch das Protokoll v. 1347 über eine in Dortmund stattgefundene Zeugenvernehmung im Urkundenb. der Stadt Lübeck II. 2. S. 822. Nro. 888.

tium in unum constituti legaliter et sententionaliter approbatum.

Urk. v. 1396 im Codex diplom. Siles. I. Nro. 67. p. 71. *Des befiel uns derzelbe unser hirre czu reyten of das gut kein der Süsal und zulden vor uns ruffen umzessen und von yn vorhoren bey gesworem eyde, was yn wissintlichen were um dy wesin und welde, um dy sich der Probost und Petr. czweynte; des ruffte wir vor uns dy schulteysen und gebawirn der dörffir Süsal* u. s. w.

Urk. v. 1437. bei Seibertz Urkundenb. Bd. III. S. 87. Nro. 940.

Nur der Richter des Ortes kann kraft seiner Gerichtsgewalt die Umsassen berufen und vernehmen. Gewöhnlich ist der Prozessrichter zugleich der Richter dieses Ortes, da das forum rei sitae der Regel nach ausschliesslich competent ist[24]). Eine Ausnahme tritt jedoch ein, erstens wenn der Prozess im Lehnsgericht verhandelt wird und der Lehnsherr nicht zugleich Gerichtsherr über die zu befragenden Umsassen ist, und zweitens wenn wegen des Standes einer oder beider Parteien ein sogen. eximirter Gerichtsstand begründet ist[25]). Alsdann ist die Befragung von dem Landrichter vorzunehmen und bei der Verhandlung sind ausser den Parteien und deren Fürsprechen zwei Boten des Prozessgerichts anwesend, welche den Ausfall des Beweisverfahrens vor dem erkennenden Gerichte bekunden[26]).

Die versammelten Nachbaren werden in manchen Gegenden — wie es scheint, in den östlichen — vor ihrer Ver-

---

24) Simon Juris Saxon. medii aevi de foro competenti praecepta. Regimonti 1867. pag. 17 sq.

25) Der citirten Urkunde im Cod. diplom. Siles. I. nro 67 zu Folge schwebt der Prozess vor dem Fürsten zu Oppeln und Glogau; die Inquisition aber nimmt der Landrichter zu Oberglogau vor.

26) Vetus Auctor l. c. Sächs Lehnr. a. a. O.

nehmung vereidet, der Eid ist also ein promissorischer. Darauf werden sie um ihre Wissenschaft befragt.

In dem in der Urk. v. 1206. in Gersdorf's Urk. B. des Hochstifts Meissen Bd. I. Nro. 74. S. 70. ff. beschriebenen Fall lässt der Compromiss-Richter, Markgraf Dietrich von Meissen, eine grosse Anzahl von Männern *bonae opinionis et famae de ipso confinio* zu sich vorladen und sie schwören, *quod amore, timore, odio, pretio et precibus praetermissis bona fide et absque omni fraude distinguerent bona ecclesiae Misnensis et Marchiae Misnensis sita in illo confinio.* Nach Ableistung des Eides schickt er jene „*viros juratos*" nebst zwei Gerichtsboten, von denen der Eine Burggraf ist, *ad locum*, *de quo quaestio vertebatur.* Dort stellen die Geschworenen *sub religione sacramenti* in Gegenwart der Boten die streitige Grenze fest und kehren darauf an den Hof des Markgrafen zurück, um das Resultat der Beweisaufnahme öffentlich zu bezeugen. (*distinctionem, quam fecerant in nostra sunt praesentia protestati.*) Auf Grund dessen fällt dann der Markgraf *habito consilio plurimorum* das Erkenntniss.

Das oben citirte Protokoll von 1396 im Cod. Dipl. Siles. fährt fort:

und alz se gesworen of dem heyligen crücze, do frogte wir zy bey dem selbin eyde, was yn wissintlichin were um dy obenschreben wesin und welde.

Vgl. das Protok. v. 1492 bei Grimm Weisth. III. S. 349 fg.

In anderen Gebieten werden sie erst befragt und nachträglich, wenn es verlangt wird, vereidet. Der Eid ist dann natürlich ein assertorischer.

Goslar. Stat. S. 30. Z. 32. *Se scolen aver ere ede darto don, dat dat also si, of men dat eschet.* Vgl. S. 97. Z. 8 ff.

Urk. v. 1310 im Marienroder Urkundenb. Nro. 175. (Urkundenb. des histor. Vereins f. Niedersachsen IV. S. 194.) *Amplius premissis omnibus communiter adjecerunt dicentes:*

haec omnia se velle juramento, si ab ipsis requisitum fuerit, efficacius confirmare.

Protok. v. 1394 bei Seibertz Urk. B. II. Nro. 890. S. 684 685. — Prot. v. 1398. ebendas. Nro. 899. S. 705. — von 1437 ebendas. Band III. Nro. 940. S. 87. — Protok. v. 1552 bei Grimm Weisth. III. S. 120. — v. 1554 ebendas. S. 446.

Ihre Aussagen geben sie einzeln ab; jedoch öffentlich und mündlich in Gegenwart der Uebrigen [27].

Urk. v. 1310 im Marienroder Urkundenb. a. a. O. *In dicta villa commorantium nos transtulimus, inquirentes ab omnibus in ipsa villa Bervelte commorantibus et quam pluribus viris ydoneis et fide dignis in vicinis residentibus universaliter publice et patenter necnon a singulis singulariter et private.*

Bei abweichenden Aussagen entscheidet die Mehrheit [28].

Gegenstand der Aussagen sind hauptsächlich die Besitzfragen; insbesondere haben sie die streitige Grenze zu bestimmen oder über die Pertinenz-Qualität eines Grundstücks zu diesem oder jenem Gute auszusagen oder einen Wahrspruch abzugeben, welche der beiden Prozessparteien an einem gewissen Grundstück in Wirklichkeit den Besitz habe, oder welche gewisse Immobiliarrechte ausgeübt habe. Oefters beschränkt sich ihre Aussage aber nicht auf die Bezeugung der reinen factischen Ausübung des Besitzes, sondern sie geben auch Auskunft über den Erwerb des Besitzes; ja sie erzählen bis

27) Von vornehmeren (siegelmässigen) Nachbaren werden auch schriftliche Zeugnisse ertheilt, statt der mündlichen Aussage. Ein Beispiel liefert die Urk. v. 1282 im Walkenrieder Urkundenb. Nro. 465 (Urk. B. des hist. Vereins f. Niedersachsen II. S. 303 fg).

28) Jedoch ist gewiss nicht streng abgezählt worden, sondern wenn ein bedeutender Theil der Umsassen widersprach, war das Beweisverfahren resultatlos. Dies deutet das Sächs. Lehnr. 70 in den Worten an: *Tveiet man aver an'me getüge also sere dat man sie nicht besceiden ne mach.* In den meisten Urkunden wird die Einstimmigkeit der Umsassen bezeugt.

weilen die Geschichte des streitigen Gutes mit allen seit Menschengedenken an demselben stattgefundenen Besitzwechseln und den ihnen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäften. Sie geben daher nicht blos über die Besitz-, sondern zugleich auch über die Rechtsverhältnisse Auskunft [29]).

29) Ausser den im Texte bereits erwähnten Urkunden über die Vernehmung der Kuntschaft mögen folgende Beispiele dazu dienen, den Kreis der That- und Rechtsfragen, über welche sie Auskunft gaben, zu veranschaulichen. — In einem Urtheil des Markgrafen Heinrich v. Meissen von 1277 wird über Gewerbegerechtigkeiten erkannt auf Grund des Berichts zweier Gerichtsboten „qui auditis senioribus circumsedentibus per fidem suam fatebantur, quod in eadem villa W. deberent esse et fuissent temporibus patris nostri ... taberna, faber, calcifex etc. ... prout eadem officia in eadem villa sunt habita ab antiquo. Aus Schoettgen et Kreysig Diplomat. et Script. II. p. 196 bei Gengler Cod. jur. municip. I. p. 797. — Bei einem Streit zwischen dem Markgrafen v. Brandenburg und dem Domstift Meissen werden 4 Compromissrichter bestellt, welche „a senioribus et melioribus inquisita plenius veritate" erkennen sollen, auf welchen Gebietstheilen des Meissener Domcapitels die Markgrafen aliquid juris vel judicii possiderent. Urk. v. 1272 bei Riedel Cod. dipl. Brandenb. I. VI. S 12. Gersdorf Urk.-B. des Hochst. Meissen I. Nro. 215. 216. — Einen anderen Streit über die Gerichtsbarkeit im Lande Wurzen entscheiden Schiedsrichter prout a senioribus incolis terrae Wrscynensis ad hoc juratis et requisitis didicerant et audiverant. Urk. v. 1284 bei Gersdorf a. a. O. Nro. 263. S. 205. — In dem Vergleich von 1306 bei Sudendorf Urk.-B. I. S. 118 fg. Nro. 189 wird zu Gunsten des Landgrafen von Hessen in Betreff des Hauses Friedau bestimmt: *daz, ob die vier vorgen. ratlude uf iren eit in dher kuntscap daz irvarn, daz wir dazselbe hus mit rechte behalden mogen, daz sal sten an unsem willen, ob wir daz beholdin willen. wirt ock daz beseglt, daz wir iz tzo rechte nicht haben soln, so sol wir iz brechen binnen 14 tagen nach der besagunge.* — In dem Erk. v. 1334 ebendas. I. S. 295. Nro. 576 werden Dorfschaften Weiderechte an einer Wiese zugesprochen, die sie *mit older kuntschop bewysen mogen.* — Zufolge der Urk. von 1339 bei Höfer (Auswahl der ältesten Urkunden) S. 332. Nro 213 erkennen die gekorenen Richter über das Eigenthum einer Hufe, nachdem sie „*han besehn und verhort und vernommen urkunde und kuntschaft, wie ez umme die vorgenanten hube herkomen und gelegen ist*". — Nach dem Urth. v. 1368 im Lüneburger Urkundenbuch. Siebente Abtheil. S. 385. Nro. 631. sollen *de oltseten unde eldesten bur in dem tegheden unde in dem dorpe to Tostede, dar de teghede inne licht*, darüber vernommen werden, welche von beiden Parteien an den streitigen Zehnten *die eldere besyttinghe unde were* habe. Aehnlich nach einem Urtheil v. 1219 bei

Ja es ist sogar nicht ausgeschlossen, dass die Umsassen grade über die Natur des Besitzrechts befragt werden, obwohl dies wohl nur selten vorgekommen ist. Ein Beispiel enthält die Urk. v. 1307 bei Lacomblet Urk. Buch III. Nro. 57. . . . *so sol man des in der kuntschaf ervaren, wer de hof van Lare vur eygin of vur leen herbraicht si; vint man, dat id vur eygin hergelegin is, so mochte si id wale gevin deme cloistere van Starkerode vur ir sele, vint man ouch, dat id van leensgewer herkomen is, so sal der greve van Cleve syn recht da ane behaldin*[30]).

Wenn die überwiegende Mehrheit der Umsassen sich für eine Partei entschied, so konnte dies nach der Structur des Prozesses um Grundstücke und nach der oben entwickelten Veranlassung zur Befragung der Umsassen zunächst nur die Wirkung haben, dass dieser Partei die Gewere zuerkannt wurde.

Vetus Auctor 98. *Cujus autem possessionis major turba sit testis, hujus sit possessio.*

Es erging demgemäss streng genommen auf Grund der Aussagen der Umsassen nur ein Zwischen-Urtheil, das die Vorfrage erledigte, welche Partei die prozessualischen Vortheile

---

Ehmck. Bremisches Urk.-Buch I. Nro. 116. S. 137. Vergl. auch Richtst. Lehnr. 29. § 3. — Gemäss der Urk. v. 1385 bei Seibertz Urkundenb. Bd. II. Nro. 871. S. 660 wird ein Zehntstreit nach der „*alden kunscap*" entschieden. Zu erwähnen ist auch die bei Haltaus glossarium medii aevi unter „Umsassen" p. 1920 citirte Urk. v. 1230, welche bei Gudenus Sylloge I Dipl. p. 173 gedruckt ist. Noch im Jahre 1505 geben die Nachbargemeinden ein Weisthum darüber ab, ob das Gut Nortorp ein Selhof oder ein Bauerngrundstück sei und demgemäss eine Schaftrifft habe oder nicht. Seibertz Urkundenb. Bd. III. S. 139. Note 200). Endlich sind noch zu erwähnen die Urkunden bei Grimm Weisth. III. S. 95. 111. 120. 349. 398. 400. 440 fg.

30) Auch diese Stelle bestätigt übrigens, dass die Behauptung des Eigenthums nicht den Beweisvorzug vor der Behauptung des Lehnrechts hatte. In ähnlicher Weise bestimmt das Oesterreich. Landesrecht Art. 24 (Hasenöhrl S. 245), bei einem Streit darüber, ob ein Grundstück Eigenthum oder Leibgeding sei, *da sol der richter die umbsessern umb fragen. . . . daz si sagent, ob es leibgeding oder aigen sei.*

der Gewere habe [31]). Die Schwierigkeit, welche daraus erwächst, dass jeder Theil den factischen Besitz zu haben behauptet, soll durch die Umsassen beseitigt werden; durch ihren Wahrspruch wird demnach der Prozess auf den einfachen Fall zurückgeführt, dass von den beiden Litiganten Einer im anerkannten und ausschliesslichen Besitz sich befindet.

Die Folge davon ist, dass der als Besitzer anerkannte Theil nun noch sein Besitzrecht selbsiebend oder — da in der Regel wohl die Erfordernisse der rechten Gewere [32]) durch das Nachbarzeugniss als vorhanden erwiesen wurden — wenigstens mit seinem alleinigen Eide zu erhärten hat [33]).

Mit grösster Deutlichkeit wird dies bestätigt und die Form des Verfahrens veranschaulicht durch ein Erkenntniss des herzoglichen Vogts zu Lüneburg von 1366 bei Sudendorf Urk. B. III. Nro 298. S. 200.

Der Rechtsfall ist folgender: Ein Teich war angeschwollen und hatte Theile von Nachbargrundstücken unter Wasser gesetzt. Die Besitzer der letzteren wollten „*van landes weghen dat inghebroken was*“ in dem Teiche fischen; der Eigenthümer des Teiches aber verwehrte ihnen dies; es kam zum Prozess und es wurde das Urtheil gefunden, dass der Eigenthümer des Teiches das alleinige Recht der Fischerei im ganzen Umfange des Teiches habe, denn er darf *sinem vryen watere vol ghen, it breke in lüttik eder vele.*

---

31) Durchaus irrig ist es, mit Hänel Beweiss. S. 207 u. v. Bar Beweisurtheil S. 228, den Ausspruch der Umsassen für ein Urtheil zu halten, das den Prozess beendigt; derselbe ist lediglich ein Beweismittel, wie das Verdict der Jury, auf Grund dessen dann das Gericht das Urtheil findet. Die von uns angeführten Urkunden enthalten bereits mehrfach Beläge dafür; vgl. z. B. die Urk. v. 1206 im Urk.-B. des Hochstifts Meissen I. S. 71, die Urk. v. 1277 bei Gengler Cod. jur. munic. I. p. 797; die Urk. v. 1339 bei Höfer Auswahl Nro. 213 u. v. a.

32) Siehe unten § 37.

33) Planck a. a. O. S. 292. Homeyer Sachsenspiegel II. 2. S. 620. a. E.

Hierauf versuchte jedoch einer der Adjacenten einen andern Weg der Klage. Er behauptete, dass ein bestimmter Theil des streitigen Teiches, der sogen. Kolk, sein väterliches Erbe sei, offenbar mit Rücksicht darauf, dass das Wasser auf sein Land übergetreten war; während der verklagte Besitzer des Teiches sich an dem ganzen Teich Eigenthum und Gewere zuschrieb.

„*Des ward des gheghan to der kunscap. Des betughede de kunscap, dat* (der Kläger) *dat water ny mit rechte vischet hadden menne mid sulfwold, van landes weghen, dat ere recht nicht en were, also an dem anderen rechte* (in dem Vorprozesse) *ghevunden were.*“

Auf Grund dieses Wahrspruchs stellt der Verklagte die Urtheilsfrage:

„*eft he icht were negher sin vrye water unde sin erve to beholdende wenne jenich man af to winnende? Dar wart eme de were to vunden.*“

Der Vogt fährt dann fort:

Dar leghede ik eme eynen recht dach to. Dar quam he mit sinen tughen vor mines herren richte, dat ik sath unde vor dat ganse lant, unde beheelt dat vorbenomede water, de lake unde den kolk, also eme dat ganse lant unde kunschop to ghevunden hadde.

Do wart Clawese (dem Verklagten) *dat to rechte vunden, dat dat vorben. water . . . sin und siner rechten erven were vry unde quid.*

Es konnte jedoch nicht zweifelhaft sein, dass die Partei, deren rechtmässigen Besitz die Umsassen bereits anerkannt hatten, die formelle Beglaubigung ihres Besitzrechtes durch Eid resp. Gezeugen erbringen werde. Die Sächsischen Rechtsbücher erwähnen daher diesen Beweisact nicht, sondern sagen kurzweg:

Sve de merren menie an'me getüge hevet, die behalt dat gut[34]).

In vielen Fällen blieb auch gewiss diese Beglaubigung, die begrifflich allerdings das Hauptbeweisverfahren, practisch aber ohne Belang war, als überflüssig weg; so wie wir auch bei Erörterung der Behauptung gewaltsamer Besitzentsetzung resp. älterer Gewere einige Stellen kennen gelernt haben, denen zu Folge der Prozess mit Feststellung derjenigen Thatsachen sein Ende findet, welche den Beweisvorzug begründen, ohne dass der auf das Besitzrecht selbst gerichtete, nur formelle Beweis erfordert wurde[35]).

In einem solchen Falle hat der Prozess daher eine gewisse, allerdings nur ganz äusserliche Aehnlichkeit mit einem interdict. retinendae possessionis.

IV. Konnte der streitige Besitzstand durch die Umsassen nicht entschieden werden, sei es, dass widersprechende Aussagen abgegeben wurden, sei es, dass ihnen die Sache nicht bekannt war[36]), so trat ein Verfahren ein[37]), dessen Ursprung in sehr alter Zeit zu suchen ist, da die Volksrechte bereits es

---

34) Sachsensp. III. 21. § 1. Vergl. Richtsteig Landr. 26. § 6. Richtst. Lehnr. 29. § 3.

35) Das gleiche werden wir bei Besprechung der Behauptung rechter Gewere ebenfalls finden.

36) „*Durch die tveunge der umbesetenen oder durch ir unwitscap*". Sächs. Lehnr. 40. § 2.

37) Wir lassen es dahingestellt, ob nach dem Rechte des Sachsenspiegels nach fruchtloser Inquisition der Umsassen vielleicht die Behauptung des besseren Rechts noch einen Beweisvorzug begründete. Nach den obigen Ausführungen über Ssp. II. 43 glauben wir es verneinen zu müssen; jedenfalls kann in der Praxis, abgesehen von Erbsonderungen, nur höchst selten diese Rechtsregel Anwendung gefunden haben. Ebenso ist die Regel des Richtst. Lehnr. c. 29. § 4. wol ohne grosse practische Bedeutung gewesen, dass die Priorität der Einweisung entscheiden soll, wenn *de len also like geschen unde de were also like gehalden, dat des de ummesaten nicht untrichten kunden unde dat der ummesaten tüch also like were.*

mehrfach erwähnen [38]). Beide Prozessparteien nahmen in Gegenwart des Richters oder von zwei von ihm zu diesem Zwecke deputirten Boten eine leibliche Beweisung des litigiösen Grundstücks vor; insbesondere bei Grenzstreitigkeiten steckte jeder Theil die Grenzlinie ab, bis zu welcher seiner Behauptung nach seine Besitzung reichte; bei anderen Prozessen zeigte jede Partei durch Umreiten oder Umgehen, welchen Grund und Boden sie als den ihrigen beanspruchte.

Jeder von beiden Streitenden hatte sodann zu schwören, dass er an dem von ihm gewiesenen Grundstück das Besitzrecht habe.

Sachsensp. III. 21. § 2. *die klegere unde up den die klage gat solen dar to sveren, dat si rechte wisen, als it ire si; dar sal die richtere sine boden to geven.* Vergl. Lehnrecht 40. § 2.

Der Richtst. Lehnr. 29. § 5 giebt den Inhalt ihres Eides dahin an: *se schun beide sweren, dat se to deme gude recht hebben.*

Der Zweck dieses Verfahrens war theils der, dass beide Theile den (formellen) Beweis des von ihnen behaupteten Besitzrechts erbringen sollten, indem ja jeder das Recht des andern bestritt und doch keiner dem andern gegenüber einen Beweisvorzug beanspruchen konnte, theils bestand er darin, dass

---

38) Lex Alam. Hloth. 87. Si qua contentio orta fuerit inter duas genealogias de termino terrae eorum et unus dicit: Hic est noster terminus; alius revadit in alium locum et dicit· Hic est noster terminus: ibi praesens sit comes de plebe illa et ponat signum, ubi iste voluerit et ubi ille alius voluerit terminum, et girent ipsam contentionem. (d. h. sie sollen das streitige Stück umschreiten). — Lex Baiuvar. XII. 8.... Iste dicit: Hucusque antecessores mei tenuerunt et in alodem mihi reliquerunt et ostendit secundum proprium arbitrium locum; alter vero nihilominus in istius partem ingreditur, alium ostendit locum secundum prioris verba suum et suorum antecessorum semper fuisse usque in praesens asserit. Vgl. Siegel Gesch. des Deutschen Gerichtsverf. I. S. 125.

durch eine genaue und alle Missverständnisse ausschliessende Feststellung der Identität des von den Parteien beanspruchten Grund und Bodens noch ein letzter Versuch gemacht werden sollte, eine Verständigung unter den Parteien herbeizuführen oder wenigstens das Streitobject zu verringern. Denn es konnte sein, dass bei gewissenhafter Beweisung und Grenzziehung Theile des bisher litigiösen Grundstücks von der einen oder andern Partei nicht als ihr gehörig beschworen wurden. Mit Rücksicht auf diesen Fall sagen mehrere Handschriften des Richtst. Landr. 26. § 6. (Homeyer Note 59):

Aber wo irkeyner (d. h. Einer) *zu schwert und der ander nicht schwern wil, dat ist sin zcuvor.*

Derjenige Grund und Boden aber, von welchem beide beschwören, dass er ihnen gehöre, wird gleich unter sie getheilt. Demgemäss sagt der Verf. des Sachsensp. nicht, wenn beide schwören, soll man das Grundstück theilen; sondern worauf beide schwören, das soll man ihnen gleich theilen [39]).

Die Theilung konnte jedoch dadurch abgewendet werden, dass eine Partei auf die Entscheidung durch Gottesurtheil provocirte. Zum Gottesurtheil kann nur geschritten werden, wenn beide Theile den Schwur geleistet haben; im Uebrigen bestimmen der Auctor vetus und der Sachsenspiegel das Verhältniss zwischen Gottesurtheil und Theilung nicht näher, so dass sie in electiver Concurrenz zu stehen scheinen. Allein die Natur der Sache ergiebt, dass die Theilung immerhin ein Compromiss ist und daher nur mit Einwilligung beider Theile stattfinden kann, so lange noch ein zulässiges Beweismittel vorhanden war, um den Anspruch auf das Ganze darzuthun. Die Thei-

39) Sachsensp. III. 21. § 2. *Svar si beide up sveret, dat sal man in gelike delen.* — Auctor Vetus 100 (Sächs. Lehnr. 40. § 2.) Quem (locum) autem uterque per juramentum suum esse affirmat, inter eos dividatur. Richtst. Landr. 26. § 6. a. E. *dar gi beide up sweren.* Richtsteig Lehnr. 29. § 5. *wor denne se beide up sweren.*

lung trat daher nicht ein, wenn eine Partei die Anwendung des Gottesurtheils forderte [40]).

Wenn das Gottesurtheil unentschieden bleiben sollte, bleibt als letztes Mittel natürlich ebenfalls nur wieder Theilung übrig [41]).

Wenn Hänel am Schlusse seiner Darstellung des Beweissystems des Sachsenspiegels den Prinzipien des Deutschen Prozesses den Vorwurf macht, dass sie sich nicht allenthalben bewähren, sondern in sich selbst Widersprüche erzeugen, die nur gewaltsam geheilt werden können und dass sie insbesondere dazu nöthigen, „das rohe Mittel der Theilung zu ergreifen oder dem anmasslichen Glauben an ein unmittelbares Eingreifen Gottes in das kleinliche Menschengetriebe zu huldigen", so ist dieser Vorwurf m. E. ungegründet. Denn nicht die Grundsätze des Deutschen Prozesses, sondern die socialen Zustände des Mittelalters bewirkten diese Nöthigung. Der Prozess um Grundstücke beruhte auf dem billigen und sachgemässen Prinzip, dass der Besitzer, dessen Besitzrecht bestritten wird, sein Besitzrecht beweist. Schrieben sich beide Theile den Besitz zu, so wurde zunächst diese Frage durch dasjenige Beweismittel entschieden, welches von allen das vollkommenste und freieste, das sicherste und ausreichendste ist, zu dessen voller Würdigung erst unser Jahrhundert gelangt ist, und das in England seit alter Zeit sich vortrefflich bewährt hat; durch das Verdict der Nachbarn als Jury.

Die formelle Organisation dieses Beweisverfahrens war allerdings eine sehr mangelhafte; wenn dieses Beweismittel

---

40) Dies sagt ausdrücklich Lex Baiuvar. XII. 8. Si alia probatio nusquam inveniri dinoscitur nee utriusque invasionem compensare voluerint, tunc spondeant invicem wehadinc. Schwäb. Lehnrecht 73. *Wil ouch ir einer, er gert der wazzerurteil wol, dez muz im der herre und sin widerstrit gestatten.*

41) Vgl. Homeyer Ssp. II. 2. S. 621. 622.

aber versagte, so hatte dies seinen Grund weniger in dieser mangelhaften Organisation, als darin, dass nach den mittelalterlichen Zuständen in der That mehrere Personen an demselben Grundstück oder Immobiliarrecht Besitz ausüben konnten. Je grösser der Werth des Grund und Bodens, je intensiver die Ausnützung desselben, je unmittelbarer und häufiger die Ausübung des Besitzes ist, desto weniger wird es in Zweifel gezogen werden können, wer der Besitzer eines gewissen Grundstücks sei, und man wird nicht leicht vergeblich sich an die Nachbaren um Entscheidung wenden. Wussten die Umsassen im Mittelalter die Frage nicht zu beantworten, so lag dies an den weiten Strecken unbebauten Landes, an dem geringen Werthe von Wald und Wiesen, an der Mittelbarkeit der Besitzausübung durch Pächter und Hintersassen, an der häufigen Entfernung der Grundbesitzer und anderen ähnlichen Verhältnissen socialer Natur, die den Besitzstand zweifelhaft erscheinen liessen. Die Grundsätze des Deutschen Prozesses tragen an diesen Uebelständen keine Schuld.

III. Abschnitt. Die Prozesse zur Gewinnung des Besitzes.

§ 30. Uebersicht.

Die Behauptungen, durch welche man Jemandem ein Grundstück im Prozess abgewinnen kann, kommen nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass es unter den Parteien feststeht, dass der Verklagte im thatsächlichen Besitze des Grundstücks sich befindet und dass er diesen Besitz nicht durch Gewalt oder Eigenmacht dem Kläger entzogen hat. Denn insofern es nur darauf ankömmt, einen Besitz zu vertheidigen oder den widerrechtlich entzogenen Besitz zurückzuerlangen, genügt eine einfachere Substanzirung, wie im vorhergehenden Abschnitt dargelegt wurde.

Diese Behauptungen lassen sich auf drei grosse Kategorien zurückführen. Die erste hat das gemeinsame Merkmal, dass es Rechtsgründe in der Person des Besitzers sind, die ihn verpflichten, den Besitz aufzugeben. Diese Klagen haben keine Aehnlichkeit mit der römisch-rechtlichen Vindication oder der Publiciana, sondern müssten, wenn man die Klagen nach ihrem Fundament im Sinn des heutigen Rechts eintheilt, unter die persönlichen Klagen gestellt werden. Denn entweder ist es ein Vertrag oder ein Delict, wodurch der Besitzer zur Herausgabe des Grundstücks verpflichtet wird. Dem Klagensystem des Deutschen Rechts gemäss gehören sie aber an diese Stelle und dem entsprechend wird z. B. im Richtst. Landr. 19. die Klage auf Erfüllung des Versprechens, ein Lehn aufzulassen, bei den Klagen *uppe lengut* erörtert.

Die zweite Kategorie umfasst die Klagen, welche das Recht des Besitzers als ein materiell anfechtbares angreifen, weil der Auctor desselben zur Constituirung dieses Rechts nicht befugt war. Dieselben bringen die Rechte des Klägers am Grundstück gegen einen dritten Besitzer desselben zur Geltung und entsprechen daher äusserlich den dinglichen Klagen des Römischen Rechts. Diese Kategorie umfasst auch in der That alle diejenigen Fälle, in denen nach Römischem Rechte die rei vindicatio zulässig ist; allein eine genauere Betrachtung wird ergeben, dass Begriff und Structur der Klage des Deutschen Rechts wesentlich verschieden ist von der Eigenthumsklage des Römischen Rechts, und dass diese Kategorie einen sehr viel weiteren Umfang hat.

Die dritte Kategorie endlich umfasst diejenigen Fälle, in denen der Kläger gegen den Besitzer einer Nachlasssache, der dieselbe kraft Erbrechts besitzt, ein besseres Erbrecht geltend macht.

Es soll grade nicht behauptet werden, dass alle denkbaren Ansprüche auf den Besitz von Grundstücken unter diese drei

Kategorien subsummirt werden können; jedenfalls aber lassen sich alle Fälle von einiger practischer Wichtigkeit den von uns aufgestellten Klassen einreihen.

Demgemäss gliedert sich der von uns zu behandelnde Stoff in drei Abschnitte, von denen jeder der Erörterung einer der angegebenen Klage-Kategorien gewidmet ist.

1. Unterabschnitt. Klagen aus Rechtsgründen in der Person des Besitzers.

§ 31. Klagen auf Grund von Veräusserungs-Verträgen.

Für den Anspruch auf Einräumung des Besitzes veräusserter Grundstücke sind zwei verschiedene Formen auseinander zu halten; je nachdem das Grundstück aufgelassen worden ist oder nicht. Ob die allgemein herrschende, unbezweifelte Annahme, dass nach dem gemeinen sächs. Landrecht Eigenthum an Immobilien nur durch gerichtliche Auflassung übertragen werden konnte, in der That richtig ist, oder ob auch in Sachsen, sowie im übrigen Deutschland[1], Grundeigenthum durch aussergerichtliche Rechtsacte aufgegeben und erworben werden konnte, lassen wir dahingestellt; denn ohne eine detaillirte Untersuchung wäre ein Widerspruch gegen eine so fest eingewurzelte Lehre vermessen und erfolglos. Zweifellos ist es, dass eine Reihe erheblicher Zweckmässigkeitsgründe die Anwendung der gerichtlichen Auflassung für den Erwerber sehr wünschenswerth erscheinen liess, dass der Käufer ein Recht hatte, die Auflassung zu fordern, und dass die Auflassung daher die Regel war, von der man gewiss nur verhältnissmässig selten abwich. Auch soll keineswegs in Zweifel gezogen wer-

---

1) Vgl. Beseler Erbverträge I. S. 38 ff. Sandhaas German. Abh. S. 22 ff. Rückert Untersuchungen über das Sachenr. S. 73 ff. Merkel Zeitschrift f. Rechtsgeschichte II. S. 173. 141.

den, dass nach den wichtigsten städtischen Rechtsquellen und im Gebiete des Lehn- und Hofrechts die obrigkeitliche Mitwirkung bei Veräusserungen von Grundstücken unerlässlich war. Ohne dass wir daher auf die Frage eingehen, welche materiellen Rechtswirkungen die Auflassung begründete, betrachten wir nur die formellen Wege, welche der Käufer etc. eines Grundstücks einzuschlagen hatte, um in den Besitz desselben zu gelangen.

I. Nach geschehener Auflassung.

Uebereinstimmende Berichte der Quellen über die Formalitäten, welche bei der Auflassung beobachtet wurden, lassen dieselbe als ein gerichtliches Verfahren in den Formen des Prozesses um Eigen erkennen. Allerdings fehlt es an einem Rechtsstreit; keine Partei wendet sich an den Richter mit der Bitte, ihr Abhülfe gegen Verletzung ihres Rechtes zu gewähren; es wird demgemäss keine Klage erhoben, der Richter braucht nicht die Gegenpartei vorzuladen und zur Antwort zu gebieten und der Richter hat nicht die Aufgabe eine materielle Entscheidung zu fällen. Aber so wie im eigentlichen Prozess vielfach nur allgemein feststehende, im objectiven Recht begründete Sätze nach Frage und Gegenfrage durch Urtheil ausgesprochen oder von beiden Parteien zugestandene Thatsachen in Form eines Urtheils festgestellt wurden[2]), so dienten auch die Formen des prozessualischen Verfahrens zur Vollziehung von sogen. Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Anwendung der prozessualischen Grundsätze auf die Auflassung zeigt sich in folgenden Beziehungen:

1) Auflassungen konnten nur in dem Gericht der gelegenen Sache rechtsgültig vorgenommen werden; nur in manchen Städten hat sich allmälig und nicht selten unter Kämpfen der

2) Vgl. Planck Beweisurtheil S. 6 ff.

Rechtssatz entwickelt, dass sie auch vor den Rathmannen oder ausschliesslich vor denselben stattfinden können[3]); es geht dies aber Hand in Hand mit der Ausbildung der dem Rathe zustehenden Jurisdiction. Geschäfte über Grundstücke, welche in einem auswärtigen Gerichte abgeschlossen wurden, konnten zwar von rechtlicher Bedeutung sein, aber sie hatten nicht den Character und die Wirkungen der Auflassung[4]).

2) Die Auflassungen konnten nur geschehen vor besetztem Gericht, an rechter Dingstatt, und nachdem das Gericht feierlich durch die üblichen Hegungsformeln eröffnet worden war. Zahllose Urkunden heben es ausdrücklich hervor, dass die Auflassung (Salung) *in judicio solemniter habito, in gehegtem dinge* und dergl. stattgefunden habe.

3) Veräusserer und Erwerber treten als Parteien auf, nehmen Fürsprechen an, dingen sich Holung und Wandel aus und richten an das Gericht Urtheilsfragen. Nach Rede und Gegenrede spricht das Gericht sein Urtheil aus, worauf neue Fragen und Gegenfragen erfolgen. Das Verfahren geht wie ein Prozess mit *ordelen* vorwärts und gipfelt in den von den Dingleuten (resp. Schöffen) gefundenen und von dem Richter verkündeten Urtheil, dass sich der Veräusserer mit Recht des Grundstücks entledigt und der Käufer es mit Recht erlangt habe. So bezeugt der Gaugraf Albrecht von Garmsen in der über die Formalien der Auflassung etwas ausführlicher redenden Urk. v. 1342[5]).

> *des erwarf de selve C. v. H.* (der Käufer) *vor mek unde vor deme lande in des richtes stad mit vorspreken unde middinghluden alse ordele und recht wisede, van der Ebbedissen weghene van Gandersem dat gut in sine were.*

---

3) cf. Simon. Diss. de foro competenti p. 18—20.

4) Vgl. die zahlreichen Stellen bei Simon l. c. p. 26 sqq

5) Marienroder Urkundenb. Nro. 313. (Urkundenb. des histor. Ver. f. Niedersachsen IV. S. 333.)

Das Weichbildrecht Art. 20. § 1. giebt eine nähere Darstellung, aus welcher wir folgenden Satz ausheben:

Wenn er is denn vorgeben hot unde ghener is entphangen hat, so frage er mit orteiln, ab is em alzo gegebin ist, alz is em hulflich sy an sinem rechte. Wenn em daz gefunden wirt, so bitte er mit orteil der inwisunge von rechtes halben.

Die Glosse zu diesem Artikel[6]) enthält eine sehr ausführliche, bis in das Detail gehende Beschreibung des Verfahrens. Im Wesentlichen übereinstimmend ist das Formular, welches die Lüneburger Niedergerichts-Ordnung[7]) giebt.

Da die Sache selbst wol zweifellos und bekannt ist, so dürfte die Anführung fernerer Beweisstellen unnöthig sein. Für uns von Wichtigkeit ist nur das Resultat, dass die Auflassung ein von dem competenten Gericht in der Form Rechtens ergangenes Urtheil herbeiführte, durch welches der Uebergang des Besitzrechts von dem Veräusserer auf den Erwerber ausgesprochen (constatirt) wurde[8]). Der Erwerber kam daher in eine ähnliche Lage, als hätte er durch rechtskräftiges Erkenntniss in Folge eines wirklichen Prozesses das Gut von dem bisherigen Besitzer erstritten. Daher können, insofern an die vor Gericht geschehene Auflassung sich noch ein gerichtliches Verfahren anschliesst, nur die Grundsätze von der Execution eines in einem Prozess um den Besitz von Grundstücken ergangenen Erkenntnisses in Anwendung kommen; jedoch mit Wegfall der

---

6) v. Daniels Rechtsdenkmäler I. c. 269. 270.

7) Pufendorf Observ. Tom. III. App. p. 363. Man vgl. noch den Wendisch-Rügianischen Landgebrauch (herausg. v. Gadebusch. Stralsund 1777) S. 273.

8) In der germanist. Literatur wird bei Besprechung der Auflassung in der Regel weniger auf diesen juristischen Kern des ganzen Actes als auf das äussere Beiwerk, die Symbole u. dgl., das Augenmerk gerichtet. Vgl. jedoch Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte S. 714.

Fristen, die im Falle eines wirklichen Streites dem Verurtheilten zur Leistung verstattet wurden, da dieselben ja nur in *favorem rei* gegeben waren.

Ein solches Verfahren kann nun aber wieder in doppeltem Sinn vorkommen; entweder nämlich als ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, oder als ein ernstgemeinter Act richterlicher Hülfe.

Obwohl der Veräusserer bereit und im Stande ist, thatsächlich den Besitz dem Erwerber einzuräumen, wird oft die Form einer gerichtlichen Zwangsvollstreckung gewählt. Der Erwerber bittet um ein Urtheil, ihn in den Besitz thatsächlich einzuweisen; der Richter geht mit den Dingleuten in das Grundstück, setzt den bisherigen Eigenthümer aus dem Besitz, indem er ihn aus dem Hause herausführt, überträgt den Besitz dem Erwerber und wirkt ihm Frieden[9]) d. h. er droht die Strafen des Friedensbruches Jedem an, der ihn eigenmächtig aus dem Besitz zu setzen versuchen sollte. Dass die gerichtliche Einweisung und das Friedewirken zum Erwerbe des Eigenthums nothwendig war, wird nirgends in den Quellen ausgesprochen; es genügte unzweifelhaft, dass nach geschehener Auflassung der Veräusserer den Besitz des Grundstücks dem Käufer etc. thatsächlich einräumte, wobei, wie wir aus den Urkunden ersehen, namentlich bei ländlichen Grundstücken häufig Zeugen zugezogen wurden, zur Feststellung der Grenzen, der Pertinenzen und des Inventars und um die gegenseitige Uebereinstimmung über die vollständige Erfüllung des Veräusserungsgeschäftes zu constatiren. Man erachtete es aber als eine grössere Garantie, wenn das Gericht selbst den

---

9) Erst in späterer Zeit geschah das Friedewirken vor Gericht. Rechtsb. nach Distinct. I. 31. Noch die Glosse zum Weichbildrecht (v. Daniels c. 271) schreibt das Friedewirken auf dem Grundstück selbst vor. Ebenso die Glosse zum Sachsensp. I. 70. S. Behrend Stendaler Urtheilsbuch S. 10.

Erwerber in den Besitz einwies und den rechtmässigen Uebergang nicht blos des Besitzrechts, sondern auch des Besitzes selbst sanctionirte.

Es konnte nun aber auch sein, dass die Besitzeinweisung sich nicht unmittelbar an die Auflassung anschloss, und dass der Erwerber trotz geschehener Auflassung den thatsächlichen Besitz des Grundstücks auf gütlichem Wege nicht erreichen konnte, sondern die Hülfe des Gerichts in Anspruch nehmen musste. War dies deshalb der Fall, weil ein Dritter die factische Innehabung des Grundstücks hatte, so traten die im Sachsensp. III. 82. § 2. ausgesprochenen Regeln ein, welche wir oben S. 197 fg. erörtert haben.

Wenn der Veräusserer selbst das Grundstück in Händen hatte, so müssen im Allgemeinen dieselben Formen des Verfahrens zur Anwendung kommen, wie bei der Execution auf Grund gerichtlicher Adjudication resp. wie bei der Schein-Execution im Falle freiwilliger Besitzüberlassung. Der Erwerber liess sich ein Urtheil finden [10]), dass er in die Gewere einzuweisen sei, und der Richter oder der Frohnbote vollstreckte dasselbe [11]). Es konnte jedoch vorkommen, dass der Veräusserer

---

10) Die mittelalterlichen Quellen nennen den Antrag auf gerichtliche Hülfsvollstreckung clage, u. sprechen mit Bezug auf die 3 Fristen, die dem Verklagten zur Erfüllung gestattet werden, von der ersten, zweiten und dritten Klage; allein man darf sich dadurch nicht verleiten lassen einen solchen Executions-Antrag nach erfolgter Definitivsentenz zusammenzuwerfen mit einer Klage in unserem Sinne, welche zu einem executionsfähigen Urtheil erst führen soll. Siehe oben S. 2.

11) Eine genaue Beschreibung der Execution auf Grund eines Veräusserungsgeschäftes enthält das sogen. Landrecht von Burg (Neue Mittheilungen aus dem Gebiete hist.-antiqu. Forsch. Bd. XI. S. 168. 169). Es ist auch hier ein dreimaliger Antrag von Ding zu Ding erforderlich; der fruchtlose Ablauf jeder dieser drei Fristen zieht für den Verklagten Gewedde und Busse nach sich. Am dritten Gerichtstage „*schal dy cleger vragen eynen rechten ordels, oft on dy richter unde die schepen des gudes icht weldigen scholen. So scholen sy on tu rechte weldigen des gudes. Dy richter unde dy schepen scholen treden in den hof unde in dat hus unde*

noch in diesem Stadium eine Einrede vorbrachte, die ihn von der sofortigen Verlassung des Grundstücks befreite; z. B. wenn eine Frist für die Uebergabe verabredet war, bis zu deren Ablauf der Verkäufer noch wohnen bleiben sollte, oder wenn gegen baare Zahlung verkauft war und der Käufer die Kaufsumme noch nicht entrichtet hatte und dgl. Von einem solchen Falle handelt die Stelle in den Goslar. Stat. S. 27. Z. 25 ff. [12]), aus welcher wir die Geltung folgender Sätze entnehmen können:

Für die Erhebung derartiger Einreden bestand eine präclusivische Frist von drei Tagen von der Einweisung an. Der Erwerber soll vielen Rechtsquellen zu Folge drei Tage und drei Nächte, nachdem er in das Grundstück eingewiesen worden ist, dasselbe thatsächlich inne haben, insbesondere darin wohnen, essen, schlafen, oder diese Besitzhandlungen durch Stellvertreter (Boten) ausüben lassen [13]). Ueber die rechtliche Bedeutung dieser sessio triduana herrscht in der germanisti-

---

scholen nemen syne stule unde al syn burrat unde dragen dat up dy strate unde scholen gennen in dat hus unde in den hof weldigen unde genes pluch ud der vore nemen unde synen darin setten. Di richter schal om werken der heren frede unde des landes, dat den nymant enbreke, hy duet mit rechte. were dat gud angrepe, men scholden upholden vor eynen rover unde scholde in (l. om) sin recht dun. — Vergl. ferner Freiberger Statuten V. 16. S. 175. Bremer Ordel 144 (Oelrichs S. 125.) Brünner Schöffenbuch 407. Zur Ergänzung und Bestätigung dienen die Aussprüche der Quellen über die Vollstreckung der Adjudication eines Grundstücks wegen Schulden. Siehe z. B. Hamburger Stadtr. v. 1270. I. 14. Statut. v. Stade I. 18. Braunschweiger Stadtr. Art. 94 96. (Urkundenb. der Stadt Br. S. 109). Salfelder Stat. 151. (Walch. I. S. 50) u. v. a.

12) Sie ist weder bei Albrecht Gewere S. 71, noch bei Göschen Gosl. Stat. S. 185, noch bei Stobbe Gewere S. 457 genügend erklärt; vergl. auch Beseler Erbverträge I. S. 33. Note 30.

13) Stellen-Nachweisungen bei Albrecht Gewere S. 75 ff. Grimm Rechtsalterth. S. 190. 557. Beseler a. a. O. S. 32. Merkel Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. II. S. 159. Note 210. — Von einer merkwürdigen Anwendung der dreitägigen Innehabung auf publizistische Verhältnisse berichten bei Gelegenheit der Doppelwahl Philipps von Schwaben und

schen Literatur keineswegs Einverständniss. Albrecht a. a. O. ist der Ansicht, dass erst durch dreitägige Innehabung die Eigenthumsgewere übergehe, ohne dass indess durch die Quellen oder durch die Natur der Sache diese Auffassung begründet werden könnte. Sandhaas Germanist. Abhandl. S. 75. schliesst sich ihr mit einer Modification an, die die Sache nur verschlimmert, indem er annimmt, „die Investitur übertrug die Gewere (Besitz und dingliches Recht) nur bedingt, genauer: unter der Bedingung der Nichteinsprache Dritter während der sessio". Es ist aber weder die Auflassung resp. Einweisung ein bedingtes Rechtsgeschäft, noch ist die Geltendmachung der Rechte Dritter an die Frist von drei Tagen geknüpt. Beseler a. a. O. sieht keinen andern Zweck in dem dreitägigen Besitz, als dass der neue Erwerber vor dem Vorwurf der gewaltthätigen Besitzergreifung gesichert werden solle. Diese Beschuldigung war aber schon dadurch verhütet, dass der Erwerber sich durch Richter und Schöffen hat einweisen und sich Friede wirken lassen. Stobbe Gewere S. 457 stellt die Meinung auf, dass der Erwerber sich durch den dreitägigen Besitz äusserlich als Herrn der Sache documentiren solle. Allein zu welchem Zwecke musste dies geschehen und welche Wirkung ist daran geknüpft? Denn die weitere Behauptung, dass der neue Erwerber erst nach Vollendung des dreitägigen Insitzens berechtigt sei, auch anderen Personen gegenüber über die Sache zu disponiren, ist aus den Quellen wol nicht nachzuweisen und würde in der Praxis zu den grössten Härten geführt haben, da der Besitz Jahre lang ausgeübt worden sein kann, ohne in der bestimmten angegebenen Weise „zur Erscheinung gebracht worden zu sein." Auch ist mit dieser

---

Otto's die Annales Argentinenses ad. a. 1198: Sed Otto rex cum suis adjutoribus ipsam civitatem (Aquisgranum) obsedit et in tempore messis cepit atque in sede regni triduo sedit ipsamque civitatem fidelibus suis custodiendam commisit. (Böhmer. Fontes II. p. 100.)

Erklärung die Beschränkung der Nothwendigkeit der trid. sessio auf den Fall freiwilliger Veräusserung nicht vereinbar.

Die Bedeutung des dreitägigen factischen Besitzes nach der erfolgten Einweisung ist vielmehr die, dass Einwendungen des Veräusserers gegen die Besitzergreifung Seitens des Erwerbers durch Ablauf dieser Zeit ausgeschlossen werden, so wie Ansprüche dritter Personen durch Besitz von Jahr und Tag präcludirt werden. In diesem Sinne sagen die

Gosl. Statut. S. 27. Z. 23: *na den ses daghen*[14] *ne heft de dar nen recht mer an, deme dat upgeboden is.* Distinctionen I. 46. d. 5.

und damit in Uebereinstimmung ist die Anordnung des Sachsensp. III. 83. § 1, dass eine dreitägige Besitzung nicht erforderlich ist Seitens des Erben an Nachlasssachen und ebensowenig an einem Grundstück, welches durch ein nach wirklichem contradictorischen Verfahren ergangenes Urtheil dem Kläger zugeeignet und in seinen Besitz übergeben worden ist, weil im letzteren Falle die etwaigen Einreden des Gegners bereits durch die Sentenz geprüft und abgewiesen worden sind und die Executionsvollstreckung selbst hinreichend geräumige Fristen gewährt[15])

Im Falle der Auflassung aber kann der Veräusserer innerhalb dieser drei Tage noch Retentions-Ansprüche u. dgl. am Grundstücke geltend machen, während dieselben nach Ablauf dieser Frist präcludirt sind.

Bei Erhebung solcher Einreden ist den Anforderungen der Rechtsordnung gemäss jede Eigenmacht ausgeschlossen; der

---

14) Diese Stelle handelt von der Adjudication eines Grundstücks an den Pfandgläubiger; bei derselben kömmt nach Gosl. Stadtrecht eine doppelte sessio triduana vor. Die erste hat den Zweck, noch eine kurze Einlösungsfrist zu gewähren; die zweite hat dieselbe Bedeutung, welche sonst die einzige dreitägige Frist hat.

15) Ausdrücklich wird dies bestätigt in den Freiberger Stat. V. 16. (Schott III. S. 175).

bisherige Besitzer darf den neuen Erwerber, der von Gerichts wegen eingewiesen und welchem bereits Friede gewirkt ist, nicht mit Gewalt vertreiben, sondern er soll ihn „wieder abführen lassen" durch Vogt oder Schultheissen [16]).

Hierauf muss aber der Veräusserer am nächsten Gerichtstage Rede stehen und seinen Widerspruch motiviren. Den Goslarer Statuten gemäss soll der Käufer ihn dazu auffordern und dies durch den Schultheissen und zwei Zeugen constatiren lassen; für das gemeine Landrecht dürfen wir wol aus Sachsensp. I. 70. § 1. III. 82. §. 2. schliessen, dass der bisherige Besitzer auch ohne Aufforderung von Rechts wegen verpflichtet ist, im nächsten Ding sein Recht zu vertreten.

Bleibt der Veräusserer an dem Gerichtstage aus oder wird sein Einspruch verworfen, so soll der Käufer

sich dar weder up vören laten alse recht is; unde nen voghet noch scultechte noch neman scolde ene weder afwisen.

II. Vor erfolgter Auflassung.

Der Veräusserer hatte die Verpflichtung, das verkaufte Grundstück dem Erwerber aufzulassen, nicht blos ihm den Besitz daran einzuräumen. Es mag zwar in manchen Fällen vorgekommen sein, namentlich wenn eine Anfechtung von keiner Seite zu fürchten war, dass man sich die Förmlichkeiten und Kosten der Auflassung ersparte und sich mit der blossen Tradition des Grundstücks begnügte. Der Käufer konnte aber nachträglich noch die gerichtliche Auflassung fordern und in späterer Zeit werden die gesetzlichen Vorschriften immer häufiger, welche die gerichtliche Auflassung absolut vorschreiben, theils wegen der Gebühren, welche davon erhoben werden, theils im Interesse der Sicherheit der Besitzverhältnisse.

Die Verpflichtung des Veräusserers, auch nach geschehener Uebergabe das Gut aufzulassen, wird im Sachsensp. I. 9.

16) Göschen Gosl. Statuten S. 186; besonders Note 7.

§ 5. angedeutet, mit besonderer Schärfe aber zur Geltung gebracht in einem Magdeb. Sch.-U. bei Stobbe Beiträge S. 112. Nro. 41. demzufolge der Käufer das Gut bereits *jar und tag und aber jar und tag an allerleye ansprache und hindernisse* besessen hatte. Es war daher auch nach erfolgter Uebergabe, also thatsächlich geschehener Erfüllung eine Klage zulässig auf gerichtliche Anerkennung, Bestätigung der Eigenthumsübertragung; diese Klage konnte aber nur gegen den Veräusserer selbst angestrengt werden, nicht gegen den Erben; es sei denn, dass derselbe auch seinerseits die Vornahme der Auflassung angelobt oder verbürgt hatte. Sachsenspiegel I. 9. § 6[17]).

War weder gerichtliche Auflassung noch Uebergabe des Gutes erfolgt, so musste die Klage zunächst auf Vornahme der gerichtlichen Auflassung gerichtet werden, nicht direct auf Besitz-Einweisung, da die letztere ja nur als Executionsvollstreckung sich characterisirt, wie oben dargethan wurde, also ein gerichtliches Anerkenntniss oder Urtheil voraussetzt[18]). Es ergiebt sich dies aus Richtst. Landr. c. 19. und wird anderweitig mehrfach bestätigt; eine Folge dieses Grundsatzes ist, dass in denjenigen Städten, in welchen die Auflassung nicht vor Gericht, sondern vor dem Rath geschehen muss, auch der Vogt dem Käufer auf erhobene Klage das Grund-

---

17) In denjenigen Städten dagegen, in welchen die Auflassung apodiktisch anbefohlen war, bestand auch für die Erben die gesetzliche Verpflichtung, den Act der Auflassung vorzunehmen. Hamburger Recht v. 1270. I. 6. Demgemäss ist das, was Lewis S. 122. 123 über diese Stellen bemerkt, zu ergänzen.

18) War der Veräusserer zur Vornahme der Auflassung nicht zu bewegen oder durch den Widerspruch der Erben daran verhindert, so hatte der Käufer die Wahl entweder im gewöhnlichen Executionsverfahren sich das Grundstück weldigen zu lassen oder eine Schadensersatzklage gegen den Veräusserer zu richten und sich schlimmsten Falls an seine Person zu halten. Vgl. die oben citirte Stelle des Landrechts v. Burg; ferner Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 52. Magdeb. Fragen I. 6. d. 9.

stück ohne Zustimmung des Rathes nicht weldigen kann [19]); und der Oberhof zu Lübeck weist wiederholt Klagen auf Uebergabe des verkauften Grundstücks zurück, wenn der Kläger nicht beweisen kann, dass das Grundstück ihm vor dem Rathe aufgelassen resp. im Stadtbuche auf seinen Namen umgeschrieben worden ist [20]).

Die Substanzirung der Klage ist wie bei allen Arten von Prozessen höchst einfach. Der Richtsteig Landr. 19. § 3. giebt folgende Klagformel:

Her richter, ic clage dat N. mines vorvaren gelt darumme hebbe upgeboret, dat he eme sin len laten scolde unde lovede eme dat, unde bidde dat gi eme tur antwerde biden.

Ein Goslar'sches Rechtsschreiben bei Bruns Beyträge S. 237. Nro. 23. berichtet über den Inhalt der Klage „*dat H. S. schuldiget C. E., dat se om verkofft hebben hus unde hoff unde alle dat uppe dem hove buwet is.*“

Der Verklagte kann einer solchen Klage gegenüber sich in doppelter Weise verhalten; entweder rein negativ, indem er die Behauptung des Klägers bestreitet, oder indem er positive Behauptungen (Einreden) aufstellt, aus denen sich ergiebt, dass er zur Auflassung des Grundstücks nicht verpflichtet ist.

1) Bestreitet der Verklagte den Abschluss des Veräusserungsvertrages, so kömmt nach gemeinem Landrecht das allgemeine Prinzip des Sachsensp. I. 7. zur Anwendung, dass man ein aussergerichtliches Versprechen eidlich ableugnen kann, ein gerichtlicher Vertrag dagegen mit dem Gerichtszeugniss erwiesen wird [21]); oder mit Rücksicht auf den Prozess ausgedrückt: Bei einer schlichten Klage kömmt der Verklagte, bei einer mit Berufung auf Gerichtszeugniss angestellten Klage

19) Hamburger Stadtr. v. 1270. I. 11; v. 1292 C. VII.; v. 1497 B. 4. Statut v. Stade I. c. 7.

20) Michelsen Oberhof Nro. 206. 216.

21) Planck Zeitschrift f. Deutsch. Recht X. S. 275.

der Kläger zum Beweisrecht. Denselben Grundsatz bestätigt das Lehnrecht in mehrfacher Anwendung. Wenn Jemand die Herausgabe eines Grundstücks auf Grund eines Gedinges verlangt und sich zu einem gewöhnlichen Zeugenbeweis erbietet, so kann nach Sächs. Lehnr. 35. § 1. *den getüch die herre verlecgen, so sie der gewere darvet, sie ne mogen die lenunge getügen na gedingetes rechte;* das Zeugniss nach Gedinges-Recht aber wird erbracht mit 2 Mannen, die im Lehnsgericht bei der Verleihung anwesend waren [22]).

Die stadtrechtlichen Quellen gestatten dagegen auch in diesem Falle dem Kläger, den Leugnungseid des Verklagten durch einen Beweis mit Privatzeugen zu verlegen.

Rechtsaufzeichnung von Burg (Neue Mittheilungen etc. XI. S. 168.) *Were dat eyn man den anderen land odder gud afgekoft hedde, muchte hy des vulkomen mid synen likcopsluden, dy den lickop gedrunken hedden, dat hy on dat gut rechtlike unde redelike afgekoft hedde, hy were dar neher tu behaldene mid synen lickopsluden, wen en genne tu entfernen. Were dat genne dat gud nicht laten enwolde, dat gut scholde hy on anghewinnen, also recht were mid synen lickopsluden up den hiligen.*

Bremer Ord. 182. (Oelrichs S. 240.) *Mach W. des vullenkomen mit sinen tugen dat J. v. d. H. hebbe eme dat erve vorcoft, alse hir vore screven steyt, dat sal he eme [holden ofte scal eme]* [23]) *dar vore don also unse statbok sprikt.*

---

22) Sächs. Lehnr. 5. § 2. Vgl. ebendas. 57. § 2. 62. § 2. Wenn der Herr auf Grund eines pactum fiduciae die Herausgabe des Grundstücks fordert (Leihen auf Treue), so kann der Mann „*sine unscult vore dun, man ne moge ine des vertügen, dat he't binnen lenrechte gelovet hebbe*". Sächs. Lehnr. 55. § 1. § 7.

23) Die eingeklammerten Worte sind in dem Abdruck bei Oelrichs ausgelassen, aber handschriftlich beglaubigt.

Die Magdeburger Schöffen erklären allerdings in dem Urtheil bei Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 171. c. 39:

Noch Magdeb. rechte mag man mit lynkouffsleuten nymand obirczeugen, sundir hat (he) eyn adir czwene erbe vorkoufft, wem her den ersten kouff an dem erbe gethan hat, dem ist her des kouffis phlichtig czu haldin, is das her das bekennet. Vorsachet her abir das, zo mag her unschuldig werden alzo recht ist von r. w.[24])

Allein in dem Weichbildrecht der Berliner Handschrift (v. Daniels Berlin 1853) Art. 75. § 1. heisst es:

Sal en man dem anderen bynnen wichbelde getüch an leden, dat up en egen stat, dat he dat verkoft hebbe oder verlovet, datmut he selve sevende dun mit besetenen lüden in deme gerichte[25]).

und da bei Geldschuldklagen und bei Klagen um Mobilien nach Magdeb. Recht der Beweis durch Privatzeugniss zulässig war, so ist nicht zu bezweifeln, dass auch hinsichtlich der Verträge um Grundstücke der gleiche Grundsatz galt[26]).

Nach manchen Rechten waren indess Verträge über Grundstücke überhaupt nur klagbar, wenn sie vor Gericht oder dem Rath der Stadt abgeschlossen worden waren. Dies hat na-

---

24) Vgl. auch Bamberger Stadtr. Art. 372.

25) In vielen Quellen wird für die Zeugen, welche in Prozessen um Grundstücke Zeugniss ablegen sollen, das Requisit aufgestellt, dass sie Grundbesitz im Gerichtsbezirk haben. Vergl. z. B. Magd.-Görl. Rec[illegible] v. 1304 Art. 35 a. E. Art. 78. Weichbildr. Art. 103. 104. (v. Da[illegible]niels. 1858). Distinctionen IV. 47. d. 4. Prager Rechtsb. c. 1[illegible] Privil. des Erzbisch. von Bremen für die Holländ. Ansiedler v. 11[illegible] im Hamburger Urkundenbuch I. Nro. 249. S. 227. Hamburger Re[illegible] v. 1270. I. Art. 16. Statuten v. Stade I. c. 12. 13. VII. c. 18. Lüb[illegible]sches Recht (Hach. Cod. II.) Art. 109. 112 und dazu Erk. des L[illegible] Oberhofes bei Michelsen Nro. 198 u. v. a.

26) Das Schöffenurth. bezieht sich wol darauf, dass der Verkla[illegible] bestreitet, die Verkaufsverhandlungen mit dem Kläger seien zu definitiv[illegible] Abschluss gekommen und dass in Ermangelung eines solennen Abschlus[illegible] des Vertrages nicht durch Zeugen ein Beweis darüber erbracht werd[illegible]

mentlich in Goslar gegolten, Goslar. Stat. S. 26. Z. 33. 34[27]), ebenso in Dortmund nach dem Freibrief von 1332[28]), und wird nach dem Eindringen des Röm. Rechts in Folge einer falschen Auffassung der gerichtlichen Auflassung in vielen Particularrechten angeordnet[29]).

2) Unter den positiven Gegenbehauptungen, welche der Verklagte der Klage entgegenstellen kann, sind folgende hervorzuheben.

Derselbe kann den Vertragsabschluss an sich zwar zugestehen, jedoch Umstände anführen, aus denen sich ergiebt, dass seine Einwilligung keine freie oder ernstliche war[30]). Ein Beispiel in einem Prozess um Erfüllung eines Kaufgeschäfts über Grundstücke liefert das bei Wasserschleben S. 305. abgedruckte Magdeburger Erkenntniss von 1427[31]). In demselben ist zwar der Käufer der Verklagte und wendet ein: *„er habe diszen frymargtiskouff yn der nacht und yn byrweisze gethan“;* allein das Erk. ist so gefasst, dass es ebenso gut auch auf den Fall passt, dass der Käufer klagt und der Verkäufer den gleichen Einwand erhebt. Denn der Schöffenstuhl erklärt, ein derartiges Geschäft

---

kann, ob der Verkäufer seine Erklärungen als blosse Offerten und Vorverhandlungen oder als bindende Versprechungen gemeint habe. Siehe oben S. 152.

27) Die Gosl. Statuten bestimmen daher *wat men tüghen schal up ervegut, dat mut men tüghen mit gherichte unde mit besetenen lüden.* S. 94. Z. 36. S. 96. Z. 26; oder mit Urkunden des Vogts oder Rathes. S. 30. Z. 21. Bruns Beyträge S 181. Nro 4.

28) Gengler Cod jur. municip. I. p. 852. sub lit. t).

29) Vgl. z. B. Eimbecker Stadtr. XXI. § 3. (Pufendorff Obs II. App. p. 228). Neumünstersche Kirchsp. Gebräuche Art. 16. Anderweitige Nachweisungen bei Maurenbrecher Deutsch Privatr. I. § 226. Note 1. Beseler Deutsch. Privatr. § 90. Note 17. (2. Aufl. S. 337).

30) Siehe Stobbe Vertragsrecht S. 15 fg.

31) Ganz ähnlich ein Leipziger Urth. aus dem 15. Jahrh. bei Haltaus Glossar. sub voce Freimarkt.

das ist unredeliche handelunge und en mag mit rechte nicht bestendig seyn und man darff sulchin vorhandilten kouff... nicht stete haldin[32]).

Ist der Umstand, welcher die Freiheit oder Ernstlichkeit des Willens in der Person des Verklagten ausschliesst, bestritten, so beweist ihn der Verklagte mit seinem alleinigen Eide.

Goslar'sches Rechtsschreiben bei Bruns Beytr. Nro. 37. S. 248. 249. *Wel dejenne, de den kopp schal gedan hebben, sin recht darthun dun, wat darane geschen sy, dat he dat in drunkener wise gedan hebbe und sy vordrinken* (betrunken) *west, so en is he des kopes nicht plichtig to holden.*

Vgl. Brünner Schöffenb. c. 324.

Der Verklagte kann ferner einwenden, er habe den Verkauf nur unter einer Bedingung abgeschlossen, welche nicht eingetroffen sei. Ein solches Beispiel liefert ein Rechtsfall bei Thomas Oberhof zu Frankfurt S. 485 Nro. 63, der für das Prinzip der Beweisvertheilung lehrreich ist. Der Kläger behauptete, der Verklagte habe ihm das Haus seiner Frau als deren Bevollmächtigter verkauft; der Verklagte wendete ein, der Verkauf sei nur unter der Bedingung verabredet worden, dass die Frau des Verklagten ihn genehmige, diese Genehmigung habe sie aber versagt. Die Schöffen verstatten zunächst den Kläger zum Beweise, dass die Frau des Verkäufers eingewilligt habe; denn wenn dieser Beweis erbracht wird, ist der ganze Einwand hinfällig. Für den Fall aber, dass der Kläger diesen Beweis nicht erbringt, verordnen sie, dass der Verklagte schwört: „*dass er mit dem vorgen H. des kauffs nit anders angegangen sy, dann uff das hinderbrengen an sine husfrauwe, obe esz ir wille were*", und dass seine Frau schwört:

---

32) Vergl. über diesen Schöffenspruch Zöpfl Rechtsalterthümer III. S. 325 fg

„als er daz an sie bracht habe, daz sie daz ny gewilliget habe“. Vgl. noch ebendas. Nro. 67. S. 489.

Die Einrede des Verklagten kann auch darauf gerichtet sein, dass der Kläger seinerseits seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, d. h. den verabredeten Kaufpreis nicht bezahlt hat. Indess scheint dieser Einwand nicht überall in gleicher Weise behandelt worden zu sein.

Nach dem gemeinen sächsischen Rechte war diese Einrede von Erheblichkeit.

Richtst. Landr. 19. § 4. *So vrage de antwerder, oft he eme dat gelt icht vul gelden scole, er het eme uplaten dorve. Dat vintme.*

Dieselbe Anschauung liegt einem Urth. des Lüb. Oberhofes v. 1491 bei Michelsen S. 286. Nro. 216. zu Grunde, welches eine Schadensforderung wegen verzögerter Auflassung zurückweist, weil kein Geld auf das Haus gezahlt worden ist, und den Kläger nur unter der Bedingung ermächtigt, sich das Haus im Stadtbuche zuschreiben zu lassen, wenn er *dat gelt by dat boek bringhet.*

Vgl. ferner das Leipziger Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 168. c. 35.

Dagegen ein Goslarsches Erkenntniss bei Bruns S. 273. Nro. 23. erklärt die Einrede, dass der Kläger nicht Bezahlung geleistet habe, nicht für zulässig, sondern verweist die Forderung des Kaufpreises ad separatum und erachtet die Schadensforderung des Käufers wegen Verzugs an sich für begründet, indem nur über die Höhe des Schadens der Verklagte zum Eide verstattet wird.

Vorkoft eyn dem anderen eynen kop unde bekannt ome des kopes, den kop schal he ome durch recht holden und wert ome an der betalinge brok, dar mach he one umme schuldigen unde mit rechte afvordern. Alse he ok schuldiget umme schaden, den mach C. mynren mit synem eide.

§ 32. Klagen auf Restitution zeitweilig eingeräumter Grundstücke.

Die Klage auf Herausgabe von Grundstücken konnte darauf gestützt sein, dass der gegenwärtige Besitzer (oder sein Erblasser) von dem Kläger (oder dessen Erblasser) das Grundstück unter der Verpflichtung zur Rückgabe empfangen habe. Sowie die an Grundstücken möglichen Rechtsverhältnisse reicher gegliedert waren, wie die Rechte an fahrender Habe, so umfasst diese Klagencategorie auch bei weitem mehr Fälle, wie die entsprechende bei Mobilien. Es gehört dahin z. B. die Klage des Vermiethers oder Verpächters auf Herausgabe des Grundstücks nach abgelaufener Mieth- oder Pachtzeit; des Eigenthümers gegen den Leibzüchter nach beendeter Leibzucht, des Verpfänders gegen den Pfandbesitzer auf Gestattung der Einlösung u. s. w. So mannigfaltig aber auch die Anwendungen sind, welche diese Klage finden kann; die juristischen Grundsätze über die Substanzirung derselben, über die gegen dieselbe zulässigen Einreden und über die Vertheilung des Beweisrechts sind in allen Fällen dieselben; sie beruhen zum grossen Theil auf denselben Prinzipien, welche bei der gleichen Klagencategorie um Mobilien bereits entwickelt worden sind.

Zur Substanzirung der Klage gehört nicht die Darlegung des Eigenthumserwerbs oder eines andern dinglichen Besitzrechts Seitens des Klägers, sondern nur die Behauptung, dem Verklagten das verlangte Grundstück in der bestimmten, ihn zur Rückgabe verpflichtenden Art eingeräumt zu haben. Ein Beispiel der Klagenformulirung findet sich in den Freiberger Statuten I. 38. (Schott III. S. 164):

Her richter; ich klage uch zu dem manne, daz ich im ein hus oder ein erbe satzte vor also vil geldis, daz vil besser ist, daz mir dás nicht kan wider werden zu losene. He wil mir ouch nicht wider keren, daz iz besser ist. Und bite darumme gerichtis.

Es ergiebt sich aus einer solchen Substanzirung in der Regel zugleich, welches Recht am Grundstück der Kläger sich selbst zuschreibt, so weit dies zur Begründung seiner Activlegitimation erforderlich ist.

Verhält sich der Verklagte ganz negativ d. h. beschränkt er sich darauf, die Klage einfach zu bestreiten, so kömmt der Kläger zum Beweise seiner Behauptung, den er in Ermanglung von Urkunden mit zwei Zeugen führen kann.

Rechtsbrief v. 1109 Art. 7. bei Kindlinger Gesch. der Deutsch. Hörigk. S. 231: *Si quis traditione possessionem suam vel alteri*[1]) *in fide cuicunque commiserit et si repetierit eam sub duobus vel tribus testibus . . .*

Blume des Magdeb. Rechts II. 4. *Czeut sich ein man czu seime gute, daz er eime czu behaldin getan hette, nach dez tode kegin seinen erben, daz gut sy varende odir unvarende, der vorderer ist iz nehir czu behaldin, den im der erbe davor gesworen muge v. r. w.*

Der Verklagte kann sich jedoch auch in positiver Weise vertheidigen, und zwar in zwiefacher Richtung:

1) Der Verklagte kann sich ein anderes Besitzrecht an dem Grundstück zuschreiben, als ihm der Kläger zugesteht; insbesondere kann er behaupten, selbst Eigenthümer zu sein, oder das Grundstück nicht, wie der Kläger vorgiebt, precario sondern zu lebenslänglichem Niessbrauch, nicht als Pfand sondern als Lehn u. dgl. zu besitzen, woraus sich dann ergiebt, dass er zur Rückgabe überhaupt nicht oder zur Zeit nicht verbunden sei. Wenn sich in dieser Art die schlichte Behauptung des Klägers und die schlichte Behauptung des Verklagten über das Besitzrecht des letzteren einander gegenüber stehen, so kömmt wie wir oben bereits ausgeführt haben [2]),

---

1) Vielleicht ist zu emendiren: alteri commendaverit vel.

2) Siehe § 25, bes. S. 181, wo bereits diejenigen Stellen angeführt sind, die den hier in Rede stehenden Fall mit betreffen.

der Verklagte als Besitzer zum Beweise seines Besitzrechts mit 6 grundbesitzenden Zeugen [3]). Um dieser Gefahr zu entgehen befolgte der Eigenthümer, welcher ein Grundstück unter der Verpflichtung zur Rückgabe austhat, die wol nur höchst selten ausser Acht gelassene Vorsichtsmassregel, sich eine Urkunde ausstellen zu lassen, in welcher der Beliehene erklärte, unter welchem Titel er den Besitz des Grundstücks empfangen habe, und die Rückgabe versprach. Sowie dies schon in alter Zeit bei Ertheilung einer precaria oder eines beneficium stets beobachtet wurde, so wird auch im späteren Mittelalter bei allen hier in Betracht kommenden Besitzrechten an fremden Grundstücken die Ausstellung eines Reverses nicht unterlassen. Jedes grössere Urkundenbuch enthält zahlreiche Beispiele dafür [4]). Durch die Production dieser Urkunden wird dem Besitzer der Beweis eines von ihm sich selbst zugeschriebenen besseren Rechts durch Eid und Privatzeugen verlegt [5]).

2) Es kann vom Verklagten zugestanden werden, dass er das Grundstück vom Kläger erhalten habe und dass ihm an demselben kein anderes Besitzrecht zustehe, als der Kläger angiebt; es kann aber aus diesem Verhältniss selbst ein Einwand hergenommen werden, z. B. Seitens des Pfandgläubigers,

---

3) Behauptet er, vom Kläger selbst das Grundstück zu Eigenthum erhalten zu haben, so muss nach denjenigen Rechten, denen zu Folge Eigenthum nur durch Auflassung übertragen werden kann, der Beweis hierauf gerichtet werden. Vergl. Privileg für Goslar v. 1219 bei Göschen S. 112. Z. 32. Quicunque alicujus domum conduxerit sive gratis ei concessa fuerit inhabitanda nullam in eadem domo proprietatem, mentiendo suam esse, sibi vendicare poterit, nisi forte coram burgensibus suis eam juste acquisierit.

4) Man vergl. z. B. Urk. v. 1239 im Lüneburger Urk.-B. Siebente Abtheil. Nro 51. S. 40. Sudendorf Urkundenbuch I. Nro. 668. II. Nro. 101. Nro. 327. Nro. 380. Gersdorf. Urk.-B des Hochstifts Meissen II. Nro. 871. S. 409 u. v. a.

5) Urth. v. 1334 bei Seibertz Urkundenb. II. Nro. 645. S. 252. Siehe das oben S. 192 fg. besprochene Urth. im Hoyer Urkundenbuch I. Abtheil. Nro. 394.

dass die Einlösung für einen gewissen Zeitraum ausgeschlossen sei, oder dass die Pfandsumme höher sei, als der Kläger zugebe, oder dass ihm das Pfandgrundstück für seine Forderung bereits adjudicirt sei[6]); Seitens des Miethers oder Pächters, dass die Mieth- oder Pachtzeit noch nicht abgelaufen sei und dgl. Zum Beweisrecht kömmt in Ermangelung von Urkunden, die über den Streitpunkt Auskunft geben, in der Regel der Verklagte mit seinem alleinigen Eide[7])

§ 33. Klagen auf Grund eines Delicts des Besitzers.

Abgesehen von den Fällen, in denen Jemand wegen eines gemeinen Verbrechens mit dem Verlust seines Vermögens bestraft und sein Allodialvermögen der königlichen Gewalt, sein Lehen dem Herrn zugetheilt wird[1]); und von der in der Natur des vassalitischen Verhältnisses begründeten Lehnsprivation wegen eines Treubruchs gegen den Herrn oder wegen einer andern treulosen Handlung, in Folge deren dem Manne sein Recht oder seine Ehre gerichtlich abgesprochen wird[2]), giebt es Handlungen, die an sich keinen verbrecherischen Character haben und demnach nicht mit einer peinlichen Strafe belegt werden können, welche aber die Caducirung des Besitzrechts nach sich ziehen. Es setzt dies voraus, dass Jemand ein Grundstück nicht zu Eigenthum, sondern zu einem abgeleiteten und beschränkten Besitzrechte inne hat und diejenigen Pflichten verletzt, welche mit dem Genuss dieses Rechtes ver-

---

6) Freiberger Stat. I. 38. 39.

7) Für den Miether wird die Befugniss sein Miethsrecht eidlich zu härten, meistens beschränkt auf den Zeitraum bis zu einem Jahre. üb. R. Cod. I. 34. II. 118. III. 145. Distinct. II. 4. d. 2. Freib. Statut. I. 30. (S. 160).

1) Sachsensp. I. 38. § 2.

2) Sachsensp. I. 40. Vgl. Homeyer Ssp. II. 2. S. 509. 510.

knüpft sind. Eine detaillirte Aufzählung und Feststellung dieser Fälle würde eine dogmatische Behandlung der hierher gehörigen materiellen Rechtsverhältnisse, also des Lehnrechts, des Erbzins- und Colonatsrechts, der Leibzucht, des Pfandrechts, des Besitzes zu Vormundschaft, zu treuer Hand u. s. w. erfordern [3]); um die Structur der Klage, die dagegen zulässigen Arten der Vertheidigung und die Vertheilung des Beweisrechts zu erkennen, ist dies indess nicht erforderlich. Im Allgemeinen sind es folgende Handlungen, welche die Caducirung des Besitzrechts nach sich ziehen: Deteriorationen des Grundstücks [3a]), Verweigerung der Leistung der schuldigen Lehnsdienste oder der fälligen Grundzinse [4]), unbefugte Veräusserung [5]) und Anmassung eines besseren Rechts [6]).

Prozessualisch können jedoch bei derartigen Prozessen zwei ganz verschiedene Fragen der richterlichen Entscheidung unterliegen resp. Gegenstand des Beweisurtheils sein, und darnach die Prozesse einen ganz verschiedenen Character haben. Es kann nämlich die Handlung, z. B. die Veräusserung des Gutes feststehen, dagegen bestritten sein, dass das Gut ein Leibzuchts- oder Lehngut sei, indem der Verklagte sich Eigenthum daran zuspricht. In diesem Falle ist der eigentliche Gegenstand des Prozesses der Rechtstitel, unter welchem der Verklagte das Gut besitzt. Daher gehören solche Prozesse gar nicht unter diejenige Kategorie von Klagen, mit welcher wir uns an dieser Stelle beschäftigen, da die Handlungen

---

3) Für das Lehnrecht ist auf die vortreffliche Zusammenstellung von Homeyer a. a. O. S. 505 ff. zu verweisen.

3a) Vgl. z. B. Hofr. z. Loën § 42. 64. (Grimm Weisth. III. S. 150. 153

4) Brünner Schöffenb. 117. Urk. v. 1303 im Walkenrieder Urk.-Buch Nro. 622.

5) Für Lehn vgl. Homeyer a. a. O. S. 507; für Leibzucht Sachsenspiegel I. 21. § 2; für Zinsgüter die Reichssentenz v. 1232 (Pertz Monum. Leg. II. p. 294).

6) Sachsensp. I. 32. Richtst. Landr. 25. § 4. Sächs. Lehnrecht 37. § 2. Urk. v. 1142 bei Lacomblet Urk.-B. I. 346. 347.

wegen deren die Caducirung verlangt wird, nur unter der Voraussetzung als Delicte erscheinen, dass der Verklagte das Gut nach dem betreffenden abgeleiteten Rechte besitzt. Behauptet der Besitzer, das Gut sei sein Eigenthum, so erscheint das Vorbringen des Klägers, es sei sein Lehn, Leibzuchtsgut u. s. w. als blosses Bestreiten und wir haben oben § 25. bereits dargelegt, dass in einem solchen Falle der Besitzer des Gutes näher ist, das Recht, welches er daran sich zuschreibt, zu erweisen, als der Gegner, es ihm zu entziehen[7]).

Der andere Fall ist der, dass darüber Einverständniss herrscht, dass dem Verklagten an dem Gut nur das vom Kläger angegebene Besitzrecht zustehe, dass dagegen der Verklagte bestreitet, dass er wegen der ihm zur Last gelegten Handlung den Besitz des Gutes verwirkt habe. Alsdann ist das Delict und seine Rechtsfolge der eigentliche Gegenstand des Prozesses; nur diese Prozesse gehören unter die hier in Rede stehende Klagenrubrik, die man als Caducirungs-Klage bezeichnen kann.

Die Klagen-Substanzirung besteht in der Angabe der widerrechtlichen Handlung, auf welche der Anspruch auf Einziehung des Gutes gestützt wird. Beispiele dafür giebt der Richtst. Lehnr. c. 12. § 1. c. 13. § 1. c. 15. § 2. § 6. c. 16. § 1. c. 19. Da der Richter von Amts wegen eine Klage als unbegründet nicht zurückweisen darf, so kann der gesammte Thatbestand unter den Parteien unbestritten feststehen, ein Urtheil des Gerichts jedoch nothwendig werden, wenn der Verklagte nicht zugiebt, dass die von ihm verübte Handlung den Verlust des Gutes nach sich ziehe. Das Erkenntniss des Gerichts ist dann lediglich ein Rechtsgutachten über die Folgen

7) Für den hier in Rede stehenden Fall wird dies bezeugt durch Sachsensp. II. 44. § 3. Richtst. Landr. 25. § 4. Sächs. Lehnrecht 13. § 3. Richtst. Lehnr. 23. § 3. Vgl. S. 254.

der in Rede stehenden Handlung. Vergl. z. B. Richtsteig Lehnr. 12. § 5. 14. § 3. 15. § 11. 16. § 2. 20. § 1. u. a.

Die Vertheidigung des Verklagten kann, wie wir auch bei andern Klagen unterscheiden mussten, eine negative oder positive sein.

1) Wenn der Verklagte die ihm zur Last gelegte Handlung schlechtweg bestreitet, so kömmt er nach dem allgemeinen Prinzip über den Beweis schuldbarer Handlungen zum Unschuldseid mit seiner alleinigen Hand [8]; es sei denn, dass der Kläger ihn mit Gerichtszeugniss überführen kann.

Sächs. Lehnr. 19. § 2. *Die man mach aller scüldegunge mit siner unscult untgan, die nieman (al: men an nyt) getügen ne mach, dat se vor gerichte geschin si* [9].

Wenn der Kläger den Beweis durch Gerichtszeugniss übernimmt, so muss er ihn nach Lehnrecht selbsiebend führen, wenn es sich nicht blos um ein Gewedde, sondern um den Verlust des Gutes handelt [10].

Auch nach Landrecht (Sachsensp. I. 7. 8. § 1.) kann der Unschuldseid dem Verklagten nur durch Gerichtszeugniss verlegt werden; nach den städtischen Rechtsquellen darf

---

8) Dies gilt aber nur, wenn es sich um eine Handlung des Verklagten selbst handelt. Ist eine Handlung des Klägers Voraussetzung für das dem Verklagten zur Last gelegte Delict, z. B. dass der Lehnsherr seinen Mann ordnungsmässig und rechtzeitig zum Lehnsdienst aufgeboten oder zum Lehnsgericht geladen habe, so gelangt der Kläger im Bestreitungsfalle zum Beweisrecht. Sächs. Lehnr. 46. § 1. Richtst. Lehnr. 13. § 2. Vgl. Planck Zeitschr. f. D. R. X. S. 218 fg.

9) Eine Zusammenstellung der Fälle, in denen der Lehnsmann sich durch seinen Eid von der Anschuldigung befreit, giebt Homeyer II. 2. S. 596. 597. Als eine Ausnahme ist anzuführen, dass, wenn der Mann die Heeresflucht bestreitet, die der Herr mit seinen Mannen gegen ihn bezeugen will, er den Unschuldsbeweis mit des Herrn Mannen zu führen hat. Richtst. Lehnr. 16. § 2. In diesem Falle ist demnach Privatzeugniss zur Verlegung des Unschuldseides zulässig.

10) Sächs. Lehnr. 42. § 1. 55. § 2. Richtst. Lehnr. 15. § 6. Homeyer a. a. O. S. 605.

ıer wol allgemeinen Rechtsprinzipien über das Beweisrecht ı Folge angenommen werden, dass der Kläger dem Verklagn den Unschuldseid dadurch verlegen konnte, dass er concrete hatsachen, z. B. das Fällen der Obstbäume auf einem Leibıchtsgut, mit erbgesessenen, unbescholtenen Zeugen zu ereisen sich erbot [11]).

2) Falls der Verklagte positive Behauptungen aufellt, aus denen sich ergiebt, dass er nicht schuldig ist, so ömmt er dem allgemeinen Prinzip über die Beweisvertheilung emäss zum Beweisrecht. Der Richtst. Lehnrecht giebt afür mehrere Beispiele, aus denen sich hinsichtlich des Beeismittels folgende Regeln abstrahiren lassen.

a) Bezieht sich die Behauptung des Mannes auf seine ubjective Verschuldung (innere Thatsache), so kömmt er zum lleineid; insbesondere zum Erweise des Nichtwissens [12]), des lichtkönnens [13]) (echt Noth), des Mangels doloser Absicht [14]).

b) Wendet der Mann dagegen eine äussere Thatsache ein, lie ihn vor der Aburtheilung des Gutes schützen soll, so beweist er sie mit zwei Mannen [15]).

2. Unterabschnitt. Klagen aus Rechtsgründen in der Person des Auctors des Besitzers.

§ 34. Voraussetzungen der Klage.

Der Kläger kann dem Besitzer des Gutes die Gewere abgewinnen, wenn er darthut, dass der Auctor des Besitzers nicht befugt war, demselben das von ihm ausgeübte Besitzrecht zu

11) Auch der in Note 9 erwähnten Bestimmung des Richtst. Lehnr. 16. 2. liegt wol die gleiche Auffassung zu Grunde.

12) Richtst. Lehnr. 12. § 4. 15. § 4. Vgl. Planck S. 221.

13) Richtst. Lehnr. 14. § 2. 16. § 2.

14) Richtst. Lehnr. 18. § 1. a. E. 20. § 2.

15) Richtst Lehnr. 13. § 5. (... *so vrage de man sint he dat beseen mach med twen bedderven mannen etc.*) 15. § 7. § 10. 18. § 2.

constituiren, und dass der Auctor durch diese unbefugte Disposition das Recht des Klägers verletzt habe. Unter dem Auctor ist jedoch nicht blos der unmittelbare Vormann des Verklagten zu verstehen, sondern die ganze Reihe der Vorbesitzer bis zu demjenigen, an dessen Person sich das Recht des Klägers heftet. Der Weg, den das Gut genommen hat, kann rückwärts bis zu demjenigen Besitzer verfolgt werden, welcher durch die Veräusserung des Gutes das Recht des Klägers gekränkt hat, um dadurch den Beweis zu liefern, dass auch der gegenwärtige Besitzer dem Kläger gegenüber kein wirksames Recht habe. Voraussetzung für die Durchführung einer solchen Klage ist demnach, dass es unter den Parteien unbestritten oder notorisch ist, von welchem Auctor der Verklagte sein Recht herleitet. Denn das eigentliche Fundament der Klage ist die Veräusserungsbeschränkung des Auctors zu Gunsten des Klägers.

An dieser Voraussetzung konnte es aber in der That in denjenigen Fällen, in denen eine solche Klage an sich zulässig war, regelmässig nicht leicht fehlen; und zwar aus folgenden Gründen. Zunächst nämlich war die Klage, wie unten näher dargelegt werden wird, präcludirt, wenn der gegenwärtige Besitzer oder einer seiner Vormänner an dem Grundstücke eine rechte Gewere erlangt hatte; in den meisten Fällen also binnen Jahr und Tag nach der unbefugten Veräusserung, um deren Anfechtung es sich handelt. Schon durch diese kurze Frist, binnen welcher die Klage der Regel nach angestellt werden musste, wenn sie mit Erfolg durchgeführt werden sollte, wurde ein Streit darüber meistens unmöglich gemacht, ob das Gut aus den Händen desjenigen Vorbesitzers (direct oder durch Vermittlung anderer Besitzer) an den Verklagten gediehen war, von dem der Kläger sein eigenes Recht herleitete.

Ferner erfolgte die Veräusserung von Grundstücken und die Bestellung dinglicher Besitzrechte daran bekanntlich vor

Gericht oder dem Rath. Selbst wenn man nicht dem Dogma beistimmt, dass nach dem gemeinen sächsischen Landrecht Eigenthumsübertragung ohne gerichtl. Act ganz unzulässig war, so kann doch keineswegs bezweifelt werden, dass die gerichtliche Auflassung die Regel war, von der selten abgewichen wurde. Aus diesem Grunde musste es fast immer notorisch sein, durch welche Hände das Grundstück gegangen war, so dass unter den Parteien ein Streit darüber nicht leicht vorkommen konnte, dass der Verklagte sein Besitzrecht von demjenigen Auctor ableitete, durch dessen Veräusserungsgeschäft sich der Kläger verletzt glaubte. Endlich hatte der Verklagte, der sich nicht auf rechte Gewere stützen konnte und der nicht auf einfaches Bestreiten der klägerischen Activlegitimation sich beschränkte, die Pflicht seinen Auctor zu nennen und ihn zur Vertretung zu gestellen.

Richtst. Landr. 25. § 2. *Darjegen vrag, oft he den icht nomen scole, de it eme vorkofte. Dat vintme. So vrag, na deme dat dut ansprikst, oft hes eme de it eme vorkofte icht scole weren laten. Dat vintme.*

Stadtrecht von Rüden Art. 95. (Seibertz Bd. II. S. 89.) *Efft eyn den andern schuldiget vor gerichte, dat he sik hebbe underwunden landes eder garden, de syn erve sy eder eme vorlediget sy, und ghene antword, ed sy syn pant, so mot de antworder, de dat pant in syner were vorstaen wil, nomen den ghenen, de ed eme vorsaet hevet.*

Daraus erklärt es sich, dass in den mittelalterlichen Quellen niemals ein Beweisurtheil darüber erwähnt wird, von welchem Auctor der Verklagte das Grundstück erworben habe; sondern dass, wenngleich das Grundstück schon durch mehrere Hände gegangen war, dies stets als unbestrittene Thatsache erwähnt wird.

Wir haben nun die Behauptung aufgestellt, dass das Fundament der Klage eine Veräusserungsbeschränkung des Auc-

tors des Verklagten zu Gunsten des Klägers ist. Dieselbe beruht nicht nothwendig auf einem dinglichen Rechte des Klägers am Grundstück; sondern es kann auch ein persönliches Rechtsverhältniss desselben zu dem Auctor des verklagten Besitzers sein, und zwar ein familienrechtliches oder ein vertragsmässig begründetes u. s. w., aus welchem sich die Alienationsbeschränkung des Veräusserers ergiebt. Eine Verletzung derselben begründet für den Berechtigten eine Klage auf Herausgabe des Gutes, welche in rem scripta ist, trotzdem das Recht des Klägers am Gut kein dingliches zu sein braucht. Dies ergiebt sich mit Deutlichkeit, wenn wir aus den Quellen einige Beispiele zusammenstellen, in denen solche Klagen als zulässig aufgeführt werden:

1) Der Veräusserer hatte das Gut nur in vormundschaftlicher oder ehemännlicher Gewere und der Eigenthümer oder dessen Erbe fordert dasselbe vom Besitzer zurück[1]). Bisweilen wird statutarisch angeordnet, dass der beschädigte Eigenthümer zunächst Schadensersatz vom Veräusserer fordern soll und nur, wenn er diesen nicht erlangte, das Gut selbst vindiciren dürfe[2]).

2) Der Veräusserer hatte an dem Gute nur Leibzucht[3]) oder nur Lehnrecht[4]) oder er besass es nach Hofrecht[5]).

---

1) Eine solche Klage liegt dem Sch.-Urth. bei Wasserschleben S. 228. c. 74 zu Grunde; ebenso dem Brünner Schöffenb. c. 203. — Glosse zu Sachsensp. I. 20. *Vortmehr saltu wissen, das auch der mann das leibgeding widder mit der frawen willen noch on yren willen vorkauffen mag, also das es krafft habe, man mög denn der frawen daran des gutes widerstattung beweiszen; wenne sy krieget es einem yetzlichen widder ab, bey yhres mannes leben.* Aehnlich Glosse zu Ssp. III. 76. § 3. — Vgl. ferner Dithmarsch. Landr. v. 1447. § 180. (Michelsen S. 60) und von 15[illegible] § 110 (Michelsen S. 128).

2) Prager Statutarr. c. 119 (Rössler S. 75. a. E. S. 7[illegible] Glogauer Rechtsb. c. 14.

3) Richtst. Landr. 25. § 4. Vgl. Distinct. I. 47. d. 2. II. 6. d[illegible]

4) Richtst. Lehnr. 19. a. E.

5) Rechte des Hofes zu Bettinghausen v. 1186. Art. 3. bei Seibertz Urk.-B. I. S. 127. Nro. 91.

Der Eigenthümer kann das Grundstück wegen der unbefugten Veräusserung aus dritter Hand einziehen[6]).

3) Der Veräusserer war zwar Eigenthümer des Grundstücks, hatte aber durch die Veräusserung das Anwartschaftsrecht des Klägers als nächsten Erben verletzt[7]). Dass der Erbe das Recht hatte, das Gut von dem Käufer oder Beschenkten resp. von dessen Rechtsnachfolger zurückzufordern, wird durch jede grössere Rechtsquelle und durch jede Urkundensammlung belegt[8]). Dasselbe gilt von dem Retractsrechte des nächsten Erben, welches sich aus dem Beispruchsrecht entwickelt hat, und den übrigen Arten des Retractsrechts. Auch der Fall kann hierher gezählt werden, dass Einer von mehreren Gesammthändern seinen Antheil ohne Genehmigung der Andern veräussert[9]).

4) Der Veräusserer hatte ein revocables oder bedingtes Eigenthum. Sobald der Anspruch auf Rückgabe des Gutes gegen ihn begründet wäre, muss auch sein Rechtsnachfolger das Gut herausgeben.

Dahin gehört der Fall des Systematischen Schöffenrechts IV. 1. c. 33. 34.[10]) Einer Frau ist unter der Bedingung, dass sie Wittwe bleibt, ein Gut vermacht worden; sie verkauft als Wittwe das Gut, schreitet jedoch später zu einer neuen Ehe. Sie muss das Gut den berechtigten Anwärtern *„volgen lassen.“*

Das Schöffen-Urth. bei Wasserschleben I. S. 267. c. 129. berichtet Folgendes: Jemand hat sein Grundstück ver-

---

6) Die Urkundensammlungen bieten vielfach Beläge; siehe z. B. Urk. v. 1237 im Urk.-B. des histor. Vereins für Niedersachsen II. S. 157. Nro. 217, wo ein derartiger Anspruch durch Vergleich beseitigt wird.

7) Sachsensp. I. 52. § 1. Richtst. Landr. 25. § 1—3.

8) Vergl. Sydow Erbrecht S. 219 ff. Siegel Erbrecht S. 116 ff. Zimmerle Stammgutssystem S. 210 ff. Lewis Success. S. 22 ff.

9) Vgl. Stobbe Zeitschrift f. Rechtsgeschichte IV. S. 234.

10) Magdeb. Fr. I. 12. d. 6. Kulm IV. 32. 33.

kauft, vom Käufer jedoch nur $^2/_3$ des Kaufpreises bezahlt erhalten; der Käufer hat dasselbe Grundstück weiter veräussert und es ist bis in die fünfte Hand gekommen. Nach einer langen Reihe von Jahren

> „*clagit der, der das erbe zcu dem ersten vorkoufft hat, zcu dem besyczczer, der der virde ist noch dem ersten kouffir, und spricht, her halde seyn unvorgulden erbe ym vor.*“

Diese Klage wird nicht etwa als an sich unzulässig erklärt und der Kläger mit seiner Forderung an den ersten Käufer und dessen Erben verwiesen, sondern die Schöffen weisen die Klage nur ab, falls sie durch die rechte Gewere des Verklagten präcludirt ist. Kann er die Erfordernisse derselben beweisen

> *so hat der clegir die vorderunge zcu den besiczczern und czu dem gute vorswegin und hat doran keyne ansproche meir v. r. w.*

Einen anderen ganz ähnlichen Fall enthält das Magdeb. Sch.-U. bei Wasserschleben I. S. 272. c. 133.[11]).

Dem Brünner Schöffenb. c. 326. zu Folge hatte Zdenko von Klobuk sein Haus an Heinrich verkauft mit der Massgabe, dass der Kaufpreiss Zdenko's Gläubigern bezahlt werden sollte. Diese Bedingung wurde von Heinrich nicht erfüllt, dagegen das Haus, nachdem er es zwei Jahre lang bewohnt hatte, von ihm in aller Form Rechtens vor gehegtem Gericht an Gaysilprecht aufgelassen und übergeben. Nachdem auch Gaysilprecht das Haus $1^1/_2$ Jahre besessen und Heinrich inzwischen verstorben war, kam Zdenko nach langer Abwesenheit zurück und forderte das Haus von Gaysilprecht, weil sein Auctor Heinrich die im Kaufvertrage übernommene Verpflichtung nicht

11) Auch das Urtheil v. 1266 bei Seibertz Urk.-B. I. Nro. 334. S. 416 fg. beruht auf einem ähnlichen Gedanken, der hier nur dadurch weniger klar hervortritt, weil der Besitzer ein Nachkomme, also Erbeserbe, des ersten Käufers ist.

erfüllt habe. Auf Grund dieser Klage wurde Gaysilprecht zur Herausgabe des Hauses verurtheilt, weil

secundum Zdenkonis petitionem de valore saepedictae domus creditores ejusdem de debitis eorum, propter quae domus primo fuit vendita, sunt pagandi[12]).

Ueber ein Erkenntniss des Reichshofgerichts v. 1157. berichtet Franklin Reichshofger. I. S. 120: „Der Bischof von Passau hatte das Gut Merdingen Konrad III. unter der Bedingung überlassen, dass er dagegen im Tausch einige Grundstücke im Gebiete seiner Diöcese erhalte, aber diese Bedingung war nicht erfüllt worden, und da Konrad das Gut inzwischen an den Herzog Welf verliehen hatte, so klagte der Bischof gegen letzteren auf Zurückgabe, welche denn auch endlich in Folge eines hofgerichtlichen Erkenntnisses erfolgte[13]).

Auch der Sachsenspiegel selbst bestätigt die Zulässigkeit einer solchen Klage, wenngleich nur indirect. Im Sächs. Lehnr. 26. § 10. wird vorausgesetzt, dass einem Kinde ein Lehngut unter der Bedingung aufgelassen worden ist, dass es einer bestimmten andern Person verliehen werde. Wird die Bedingung erfüllt, so ist das Lehnrecht rechtsgültig constituirt; lässt das Kind jedoch nach erreichter Mündigkeit sich gegen die von ihm vorgenommene Verleihung restituiren,

so sal it behalden, de't gelaten hevet, wende he't also bescedenlike lit, dat man't jeneme lege unde anderes nicht; durch

---

12) Es ist dabei allerdings zu bemerken, dass Zdenko das Haus dem Heinrich nicht gerichtlich aufgelassen hatte; nach den in Brünn geltenden Grundsätzen hatte er daher sein Eigenthumsrecht daran gar nicht aufgegeben und man kann daher dieses Eigenthumsrecht als das Fundament der Klage ansehen, wie bei der römischen rei vindicatio. Jedenfalls veranschaulicht der Fall aber, in welcher Weise eine Klage substanzirt werden muss, um die Gewere des Gegners zu brechen. Dass der Verklagte im vorliegenden Fall eine rechtmässige Gewere hatte ist unstreitig, da sein Auctor ihm das Haus „coram roborato judicio servatis juris solennitatibus pro suis debitis publice resignavit“ und er es thatsächlich innehatte.

13) Origines Guelferb. II. 578; Monum. Boica XXIX. I. 344.

dat, svenne die lenunge mit rechte gebroken wert die man do dede, so n'is dat laten ok nicht, dat jene do dede, wende he't anderes nicht ne let, wen also besceidenlike dat he't jeneme lege.

Denselben Grundsatz wendet das Sächs. Lehnr. 36. auf den Fall an, dass der Herr, dem das Gut mit der Bedingung *dat he't eneme anderen lie*, aufgelassen worden ist, das Gut für sich selbst behält. Die Auflassung verliert ihre Kraft, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, unter der sie geschehen ist [14]).

Daraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit die Consequenz, dass wenn der Erwerber des Gutes die Bedingung der Auflassung in der Art verletzt, dass er das Gut einem Andern verleiht, als demjenigen, zu dessen Gunsten er sich verpflichtet hat, der Veräusserer auch von diesem Besitzer das Gut zurückzufordern berechtigt ist.

Gleichsam das Gegenstück dazu bildet die in den Schenkungsurkunden an Kirchen und Klöster so überaus häufige Clausel, durch welche die Weiterveräusserung der geschenkten Güter untersagt und den Erben des Schenkers für diesen Fall das Recht vorbehalten wird, die Güter wieder einzuziehen. Dieses Recht kann mit Wirksamkeit natürlich nur gegen den dritten Besitzer ausgeübt werden.

5) Denselben Character hat der Anspruch des Verpfänders auf Herausgabe von Pfandgrundstücken, welche der Pfandgläubiger veräussert hatte, gegen Zahlung der Pfandsumme. Die Satzungsgewere ist ein revocables Besitzrecht; wenn nicht besondere Kündigungsfristen oder andere Beschränkungen vereinbart sind, hat der Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber jeder Zeit die Einlösungsbefugniss [15]). Das gleiche Recht

14) Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 314. 315.
15) v. Meibom Pfandrecht S. 378 ff.

steht demgemäss dem Verpfänder im Falle der Veräusserung der Immobiliar-Pfandschaft Seitens des Pfandgläubigers auch gegen den dritten Erwerber zu[16]).

Nach Magdeburgischem Rechte hat der Schuldner auch dann noch ohne eine Fristbeschränkung die Einlösungsbefugniss dem Pfandgläubiger gegenüber, wenn derselbe das Gut im Wege der Execution sich hat weldigen lassen. In vollkommenster Uebereinstimmung damit steht der Satz, dass, wenn in einem solchen Falle der Pfandgläubiger nach erfolgter Weldigung das Pfandgrundstück verkauft, dem Schuldner und dessen Erben die Einlösung gegen den dritten Besitzer noch Jahr und Tag zusteht, also noch so lange, bis für diesen eine rechte Gewere entstanden ist.

Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 66 . . . *Abir vorkouft der cleger daz erbe und vorgebit is, zo mag is jenir, des daz erbe was, noch ledigyn vor dy pfennynge bynnyn jor und tage*[17]).

Dasselbe Recht wie der Eigenthümer hat auch ein anderer Pfandgläubiger[18]), und selbst gewöhnliche Gläubiger können dieses Einlösungsrecht ihres Schuldners als Executions-Object in Anspruch nehmen, indem sie den Werthsüberschuss des Gutes im Vergleich zu der Summe, um die es verkauft worden ist, „*dy besserunge des erbes*", mit Arrest belegen[19]).

6) Der Veräusserer kann sich vertragsmässig gegen den Kläger verpflichtet haben, ihm den Besitz des Grundstücks zu übertragen, später jedoch mit Verletzung dieser Verpflichtung das Grundstück anderweitig veräussert haben. Auch in diesem

---

16) v. Meibom a. a. O. S. 383.

17) Vergl. Syst. Schöffenr. III. 2. c. 77. 81. — Glog. Rechtsb. c. 154.

18) Brünner Schöffenb. c. 335.

19) Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 78. — Vgl. die Lüb. Ober-Stadtbuchs-Inscription v. 1389 bei Pauli Abhandl. aus dem Lüb. R. IV. Urkundenb. Nro. 331.

Falle kann der Kläger das Grundstück von dem neuen Erwerber zurückfordern, sofern für den letzteren noch nicht rechte Gewere entstanden ist. Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende:

a) Der Veräusserer hatte dem Kläger ein Wiederkaufsrecht eingeräumt. Dass dasselbe gegen den dritten Erwerber des Grundstücks geltend gemacht werden konnte, ergiebt sich aus der üblichen Formel:

so heft der käufer uns gegunth, dat wy mogen dat guet wedderkopen van eme edder we des gudes denne ein hebbere unde besittere ist[20]).

---

20) Vergl. die von Platner Zeitschrift f. Rechtsgesch. IV. S. 150. Note 120. S. 151. Note 124 und S. 162. Note 156 citirten Urkunden. Die Zahl der Urkunden, in denen ausdrücklich hervorgehoben wird, dass das vertragsmässig bestellte Wiederkaufsrecht auch dritten Erwerbern des Grundstücks gegenüber Kraft und Wirkung haben soll, ist überaus gross. Als Beispiele mögen folgende dienen: Schlesw. Holst. Urk.-Sammlung II. Nro. 270. S. 346 v. 1385. Das Wiederkaufsrecht wird vorbehalten gegenüber den Käufern, ihren Erben *edder weme se dat verkopen, vorlaten ofte vorsetten*. Vergl. Urk. v. 1376 ebend. II. Nro. 423. S. 512. Urk. v. 1394 ebend. II. Nro. 442. S. 538. Hamburger Urkundenbuch I. Nro. 858 S. 718 v. 1292; Nro. 915. S. 760 von 1299. Urkundenbuch des Klosters Lüneburg (Lüneburg. Urkundenb. Siebente Abtheil.) Nro. 284 S. 192 von 1321. Das Wiederkaufsrecht wird vorbehalten jedem gegenüber quicumque hec duo plaustra salis ex nunc et in futurum in sua tenuerit possessione. Sudendorf Urk.-B. der Herzoge v. Braunschweig I. Nro. 440. S. 239. v. 1328. Der Käufer verpflichtet sich, den Wiederkauf zu gestatten „*und vorbinde mit mi dar to mine erven eder we sec mines erves underwindet, lic mi in dissem breve*“. Urkundenbuch der Stadt Göttingen Nro. 28 v. 1288; Nro. 132 v. 1334; Nro. 188 v. 1353. — Die Weiter-Veräusserung wird dem Käufer bisweilen unter der ausdrücklichen Massgabe vom Verkäufer gestattet: „*dass wy unde unse erven edder nakomelinge in dem wedderkoppe vorwaret werden unde vorwaret bliven*“. Urk. v. 1383 in der Schlesw.-Holst. Urk.-Samml. II. Nro. 265. S. 341; und demgemäss sind die Beispiele nicht selten, dass beim Verkaufe eines Grundstücks Verabredungen für den Fall getroffen werden, dass ein Dritter (Vorbesitzer oder dessen Rechtsnachfolger) das Wiederkaufsrecht gegen den Käufer ausüben sollte; z. B. Urk. v. 1329 bei Sudendorf I. Nro. 463. 464. Urk. v. 1339 ebendas. I. Nro. 648. S. 329.

Derselbe Rechtssatz wird dadurch bestätigt, dass der Wiederkaufsberechtigte dem dritten Erwerber gegenüber bisweilen ausdrücklich auf seine Rechte verzichtet [21]).

v. Meibom Pfandrecht S. 359 ist zwar der Meinung, dass an und für sich das Wiederkaufsrecht nur eine Verbindlichkeit des Käufers für seine Person erzeugte [22]), dass dagegen ein dritter Erwerber nicht verpflichtet werde, wenn nicht ausdrücklich beim Verkaufe ausbedungen wird, dass das Wiederkaufsrecht auch gegen einen dritten Erwerber stattfinden soll. Er sieht hierin einen wesentlichen Unterschied des Wiederkaufsrechts von dem seiner Natur nach auch gegen Dritte wirksamen Einlösungsrecht des Verpfänders. Die Quellen deuten jedoch nirgends einen solchen Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten an, die bekanntlich überaus oft einander völlig gleichgestellt werden. Den Absichten der Contrahenten, welche einen Kauf auf Wiederkauf abschlossen, geschah auch nur dann Genüge, wenn diese Verabredung Wirkungen gegen dritte Erwerber hatte; denn im entgegengesetzten Falle war es ja völlig in das Belieben des Käufers gestellt, durch eine Weiterveräusserung des Gutes das Wiederkaufsrecht illusorisch zu machen. Durch die Constituirung des Wiederkaufsrechts liess sich der Veräusserer — in der Regel für eine bestimmte Zeit — eine Expropriationsbefugniss einräumen, bei deren Ausübung es gleichgültig sein musste, wer grade im Besitze des Grundstücks sich befand.

---

21) Z. B. Urk. v. 1257 im Urkundenb. der Stadt Hannover Nro. 361 „*und desselven hoves do ek ene rechte vorticht und late af van allem rechte und ansprake und wederkopes, dat ek my und minen rechten erven daran beholden hadde*". Urk. v. 1463 im Arensböker Diplomatarium Nro. 84 (Schleswig-Holst. Urk.-Samml. III. Heft. 1).

22) Albrecht Gewere S. 144 sucht diesen Satz durch Sächs. Lehnr. 55. § 4. zu begründen; diese Stelle handelt aber von dem irregulären Lehn auf Treue. Vgl. Homeyer Ssp. II. 2. S. 343—345.

Wenn daher sehr oft ausdrücklich erklärt wird, dass das Recht des Wiederkaufs auch gegen dritte Erwerber zulässig sein soll, so ist dies keine ausserordentliche Erweiterung, sondern nur die besondere Erwähnung einer sich von selbst verstehenden Wirkung des Rechtsgeschäfts [23]). Bei der Art und Weise, wie im Mittelalter Urkunden abgefasst zu werden pflegten, kann auf die besondere Erwähnung dieser aus der Natur des Rechtsgeschäfts sich von selbst ergebenden Befugniss um so weniger Gewicht gelegt werden, als auch bei Pfandbestellungen nicht selten ausdrücklich ausbedungen wird, dass der Verpfänder das Einlösungsrecht haben solle [24]). Ebenso wenig kann man gegen unsere Ansicht sich darauf berufen, dass der dritte Erwerber manchmal in einer besonderen Urkunde dem Wiederkaufsberechtigten gegenüber seine Pflicht, sich die Einlösung gefallen zu lassen, anerkennt [25]). Denn dasselbe findet auch bei der Veräusserung von Immobiliar-Pfandschaften statt [26]). Der Zweck dieser Urkunden besteht theils darin, ein Beweismittel für das Wiederkaufsrecht zu schaffen, theils eine Präclusion desselben durch rechte Gewere auszuschliessen, falls der Berechtigte nicht binnen Jahr und Tag nach dem Besitzwechsel sein Wiederkaufsrecht ausübte. Auch diese Urkunden bestätigen vielmehr, dass das Wiederkaufsrecht auch gegen dritte Erwerber rechtliche Wirksamkeit hatte.

---

23) Es folgt dies schon daraus, dass die Wirksamkeit gegen Dritte nicht in einem besonderen Satze als eine besondere Vertragsbestimmung, sondern gelegentlich und nebenbei durch einen kurzen Zusatz ausgesprochen wird, wie die in der Note 20 angeführten Beispiele veranschaulichen.

24) Vgl. z. B. Urk. v. 1263 bei Seibertz Urk.-B. I. Nro. 329; Urk. v. 1320 ebendas. II. Nro. 579; von 1367 ebendas. II. Nro. 786. Urk. v. 1268 bei Wilmans Westfäl. Urk.-B. III. 1. Nro. 808. S. 418. Urk. v. 1334 bei Gerken. Cod. dipl. Brand. I. Nro. 93. 98 u. a.

25) Vgl. die Urkunden bei Platner a. a. O. Note 98. 110 und die Urk. v. 1360 in der Schlesw.-Holst. Urk.-Samml. II. Nro. 394. S. 475.

26) Platner a. a. O. Note 116. 117.

b) Der Veräusserer hatte dem Kläger ein Vorkaufsrecht eingeräumt, jedoch mit Verletzung desselben das Grundstück an einen Andern veräussert. Auch in diesem Falle kann der Vorkaufsberechtigte sein Recht gegen den dritten Besitzer geltend machen. Bezeichnend sagt eine Wismar'sche Urkunde v. 1280 [27]) über die Wirkungen eines vertragsmässigen Vorkaufsrechts: *nec idem Nicolaus eum (sc. ortum) vendere poterit, quin prius exhibeat ipsi Volmaro;* und ähnlich heisst es in einer (süddeutschen) Urk. von 1212 [28]): *si vendere voluerit, potestatem non habebit nisi primum praefatae ecclesiae hoc offerat.* Der Eigenthümer hat nicht die rechtliche Möglichkeit, einem Andern das Eigenthum so zu übertragen, dass es ihm unanfechtbar verbleibt, falls der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen will. Die Wirksamkeit des Vorkaufsrechts gegen Dritte wird in den Urkunden gelegentlich erwähnt. So räumt in einer Urkunde von 1237 bei Ehmck Brem. Urkundenb. I. Nro. 202. S. 235. der Käufer dem Verkäufer das Näherrecht für den Fall ein, *si ipse vel ille, cui eam (aream) donaret vel legaret in futuro, vellet vendere.* In einer Urk. v. 1331 bei Sudendorf I. Nro. 515. S. 267. Z. 18 ff. behält sich der Verkäufer das Näherrecht und Wiederkaufsrecht vor mit der Maasgabe, dass wenn er in einer bestimmten Frist davon keinen Gebrauch macht, so dürfen die Käufer das Haus versetzen, „*also se ed von uns hebbet und schollet uns und unse erven bewaren ... an des huses losinghe dat we dat hus losen moghen von den den se dat settet, also we von en mochten* [29]).

27) Bei Burmeister Alterthümer etc. S 30.

28) Mon. Boica III. 330 bei Merkel Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 145. Note 127.

29) In ähnlicher Weise erklärt der Käufer in einer Urk. v. 1342 bei Sudendorf II. Nro. 18. S. 11. *dhe bewaringhe, de we en ghedan hebbet, de schollet en de jene don de uns dat slot afcopen.* Vergl. Urkunde

c) Der Auctor des Verklagten hat das Grundstück vorher dem Kläger verkauft, verpfändet, als Lehn zu ertheilen versprochen, oder sonst irgend wie veräussert.

Das Sächs. Lehnrecht hebt den Vorzug, welchen die frühere Verleihung gewährt, mehrmals im Allgemeinen hervor [30]), insbesondere im Art. 7. § 4. für den Fall, dass beide Prätendenten der Gewere darben. Ob die Priorität der Beleihung auch dann den Vorzug gab, wenn der Gegner im Besitz war, wird im Sächs. Lehnr. selbst zwar nirgends entschieden, dagegen wird dies durch den Richtst. Lehnr. 29 § 1. bejaht [31]) und im Richst. Lehnr. 29 § 7. wird nur der rechten Gewere von Jahr und Tag die Kraft beigelegt, trotzdem der Herr dem Gegner die frühere Belehnung bekannt hat, dem Besitzer das Lehngut zu sichern.

Dass der auf Grund späterer Veräusserung erlangte Besitz gegen die auf frühere Veräusserung gestützte Klage nicht schützte, wird auch durch Urkunden bestätigt.

Die Eigenthümer eines Gutes zu Elmeshorn verkaufen dasselbe am 1. Mai 1367 an Otto von Wensien und lassen es ihm auf *„mit zele und mit war,“* d. h. mit Salung (*sala*) und Gewere und weisen ihn in die *liflike were des ghudes* und geweldigen ihn desselben. Darauf erhebt jedoch Burchard Krummendiek eine Klage, weil ihm das Gut vor dem Kaufe von

---

v. 1347 ebendas. II. Nro. 219. S. 123. Der Eigenthümer, der das Grundstück veräussert, muss daher dem neuen Erwerber Existenz und Bedingungen des Vorkaufsrechts anzeigen. Nach einer Inscription im Rostocker Stadtbuch v. 1260 hatte Joh. v. Butzin einen Salinen-Antheil unter Vorbehalt des Näherrechts verkauft „quod sit vicinior emptioni, prout ab eo emit“ Im folgenden Jahre resignirt die Käuferin denselben Antheil dem Kloster Dargun mit dem Bemerken, si Joh. vult partem illam reemere, dabit claustro in Dargun XXXII. marcas. Meklenburg Urkundenb. Bd. II. Nro. 866 und 909.

30) Art. 11. § 5. 49. § 2. Richtst. Lehnrecht 29. § 6. 30. § 3 und § 7.

31) Siehe oben § 23. S. 167.

den Verkäufern verpfändet worden sei; und es ergeht am 23. April 1368 das Urtheil:

na dem dat Borchard Crummendiek de elderen breve und bywisinghe heft tum dem ghude tum Elmeshorne, he is sines pandes des gudes tum Elmeshorne neger tum holende wen Otte Wensinen em af tu untwerende.

Der Beweis für das ältere Pfandrecht wird dem Kläger auferlegt selbdritt *mit twe bederven erfzetenen luden* aus dem Friesischen Rechte[32]).

Barnim, Herzog von Pommern, hatte eine dem Kloster Dargun bereits verliehene Insel später dem Schulzen von Strassburg verliehen; auf Klage der Mönche erklärt er: *praedictum Bertoldum fecimus mitti extra possessionem ejusdem insulae, utputa cum jus porrigendi eam ad nos non pertineret*[33]).

Auch die Stadtrechte sprechen im Allgemeinen den Grundsatz aus:

we den ersten kop edder den ersten weddeschat tugen mach, de schal den kop edder den weddeschat beholden[34])

oder: *dhe dher ereren ghift vullenkomen mach, dhe scal stede wesen*[35]).

---

32) Schleswig-Holstein-Lauenb. Urkunden-Samml. II. Nro. 407 u. 409. S. 490. 492. Vgl. auch das Lüb. Urth. bei Michelsen Oberhof Nro. 29. S. 116 u. v. Meibom Pfandr. S. 428 fg.

33) Urk. v. 1267 im Meklenburg. Urkundenb. II. Nro. 1111. S. 320.

34) Hamburger R. v. 1270. I. c. 7. Bremer Ord. 69 (Oelrichs S. 105). Statuten v. 1428. II. c. 49. (Oelrichs S. 363). Verdener Statut. c. 70. Stat. v. Stade I. c. 3. — Vergl. auch Rechtsb. nach Distinction. II. 4. d. 14. *Haben mer lute eyn hus gemith wen eyner, wer dy irsten mitunge bewisen magk, der behilt sy unde der ander muste abetreten.*

35) Bremer Ord 117. (Oelrichs S. 136) Verdener Stat. 103 (Pufend. p. 111). Vgl. ferner Magdeb. Sch.-U. bei Wasserschleben I. S. 171. c. 39. Systemat. Schöffenr. IV. 1. c. 27. Goldberger Bergrecht v. 1342 bei Schirrmacher Urkundenb. der Stadt Liegnitz S. 83. Goslar. Sch.-U. bei Bruns Beytr. S. 181. Nro. 6.

Indess erwähnen sie nicht, ob dieser Grundsatz etwa dadurch alterirt wird, dass der spätere Käufer, Pfandgläubiger u. s. w. das Grundstück im thatsächlichen Besitz hat. Allein eine Rechtsquelle aus dem 16. Jahrh. kann hier wol einen Schluss auf das ältere Recht gestatten, wenn sie trotz dem Eindringen des Röm. Rechts und der durch dasselbe zur Herrschaft gelangten scharfen Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechtsverhältnissen den Vorzug des älteren Titels auch der vollzogenen Tradition gegenüber aufrecht erhält. Es sind dies die Langensalza'er Statuten v. 1556. Art. 12. (Walch VII. S. 277.)... *und soll auch weniger nicht der erste käuffer oder der erste gläubiger, ungeachtet des, daz solch guth allbereit einem andern tradiret, zugestellt und eingeräumet wäre, den vorzug daran haben und behalten.*

In den Städten, in denen die gerichtliche Auflassung von Grundstücken oder die Eintragung des Eigenthums-Uebergangs in das Stadtbuch vorgeschrieben war, begründete unter mehreren Käufern die Beobachtung dieser Formalität den Vorzug, auch wenn der andere Käufer die Priorität des Vertrages oder den thatsächlichen Besitz für sich anführen konnte[36].

7) Endlich können nach einigen städtischen Rechtsquellen auch die Gläubiger Veräusserungen von Grundstücken ihres Schuldners anfechten. Denn auch Schulden beschränken die freie Dispositionsbefugniss über das Vermögen.

Bremer Ord. 20. (Oelrichs S. 76.) *So wur en man sculdich is unde erve heft binnen wicbelethe unde dat vorcoft unde oplet binnen ver benken to rechte dhingtit, vreschede dat dhe ghene theme he sculdich is,* [illegible]

---

36 Hildesheimer Statuten Art. 87. (Pufend. IV. App. p. 29 Billwärder Recht 39. Hamburger Stadtr. v. 1497. G. III. [illegible] Urth bei Michelsen Nro. 105. S. 191.

macht dat erve bispraken binnen jare unde binnen dage, thad is en jar unde ses weken unde dre daghe, so he siner sculde vullencomen moghe. Verdener Statuten c. 16.

Eine Verpfändung des Grundstücks können die Gläubiger binnen Monatsfrist anfechten. Bremer Ord. 23. (Oelrichs S. 78.) und Stadtr. v. 1428. II. c. 50. (S. 363.)

Das Bamberger Recht § 236. 254. erkennt denselben Grundsatz an zu Gunsten der vor Gericht anerkannten Schulden.

Das Magdeburger Recht hat zwar im Allgemeinen das Prinzip: *Hot eyn man erbe unde gut, daz nicht vorspert noch vor gerichte vorpfent ist, daz mag her gebin und vorreichin; das kunnen syne schuldiger nicht wedersprechin*[37]).

Wenn jedoch der Verkäufer *den schuldegern hette gelobit vor gerichte, dy schult czu betzalene und hette sich vorpflichtegit und gelobit by syme eygin;*

so können die Gläubiger *dy ufreichunge bynnyn jor und tage wedirsprechyn*[38]).

Diese Anfechtung der Veräusserungen des Schuldners hat Nichts gemein mit der actio Pauliana. Denn es ist weder ein dolus des Veräusserers noch ein dolus des Käufers oder auch nur eine Kenntniss desselben von der Ueberschuldung des Verkäufers zur Begründung der Klage erforderlich[39]).

---

37) Systemat. Schöffenrecht IV. 2. c. 74. Vergl. III. 2. c. 119 IV. 1. c. 23.

38) Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 51.

39) Daher ist sie auch zu unterscheiden von der Anfechtung einer Veräusserung zu Fluchtsal d. i. eines betrüglichen oder Scheingeschäfts. Auch hier aber ist regelmässig nur ein dolus des Veräusserers, nicht auch des Erwerbers Voraussetzung für die Anfechtung. Vgl für die Leihe zu Fluchtsal: Sächs. Lehnr. 7. § 1. (Richtst. 30. § 2. a. E.) und 58. § 2. Schwäb. Lehnr. 105. 106. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 341; für die Satzung zu Fluchtsal: Goslar. Stat. S. 28. Z 33 – 39. Kaiserrecht II. 110. v. Meibom Pfandr. S. 316; für den Verkauf zu Fluchtsal: Goslar. Stat. S. 67.

Der Rechtsgrund der Klage ist lediglich eine Dispositionsbeschränkung des Veräusserers, wie sie der Regel nach durch den gerichtlichen Arrest, das Besetzen eines Grundstücks, erzeugt wird. Es ist gewissermassen eine Nachholung des Arrestes gestattet, nachdem das Grundstück bereits in andere Hände übergegangen ist, weil die Voraussetzungen des Arrestes schon zur Zeit der Veräusserung vorhanden waren.

Die vorstehend aufgeführten Fälle erscheinen vom Standpunkt des römischen oder heutigen Rechts sehr verschiedenartig und bunt zusammengewürfelt, und scheinen unter ganz verschiedene Klagenkategorien zu gehören. Bald ist es das Eigenthumsrecht, welches gegen den Dritten geltend gemacht wird, indem der Veräusserer nur als Vormund, Gatte, Treuhänder, Leibzüchter, Vassall u. s. w. das Grundstück besass, oder weil er nur ein dominium revocabile hatte, so dass das Eigenthum des Klägers wieder reviviscirte; bald ist es das Anwartschaftsrecht des Erben oder das Retractsrecht, welches das Fundament der Klage bildet; bald aber ist es ein vertragsmässig dem Kläger von dem Veräusserer eingeräumtes Recht oder gar nur die Befugniss des Klägers als Gläubiger die Vermögensstücke des Veräusserers zu seiner Befriedigung

---

Z. 17. Privil. f. Büderich. v. 1393 (Wigand's Archiv Bd. IV. S. 405) „*daer enich man syn erve mit argelist verkofft, up dat hee syn scholt nyet betailen en dorffte*". Breslauer Willkühr im Rechten Weg. G. c. 62. (ungedruckt). *Hette ein man sinem elichin woybe alhir vor gerichte uffgegeben und yr geeignit erbe und gut, tzinse erblich und tzu wedirkauffe adir andir sin gut und farnde habe adir unfarnde, welchirleye das were, keynss auszgenommen und hette vor solcher gabe schulde gemacht ader macht die dornoch, zu schaden und betrigunge seiner schuldiger, das sal nicht bynden und solche gabe sal gancz machtlos sein.* — Urtheil v. 1401 bei Thomas Oberhof S 546. Nro. 193. — Dagegen der Schwabenspiegel c. 314 scheint eine betrügliche Absicht des Erwerbers im Auge zu haben; indem er von ihm einen Eid fordert, dass er das Gut nicht *ze fluhtsal enphangen habe.* Vergl. auch Münchener Stadr. Art. 111. (Auer S. 45.) „*mag der daz war machen mit seinem aid, daz daz rint emaln sein pfant sey gewesen an allen fl uchsal*".

in Anspruch zu nehmen. Gemeinsam aber ist allen diesen Fällen, dass der Veräusserer in der Disposition über das Grundstück zu Gunsten des Klägers beschränkt war und dass er diese Schranke verletzt hatte. Auf diese Veräusserungsbeschränkung ist die Klage gegründet, nicht wie die Römische rei vindicatio oder actio hypothecaria auf ein bestimmtes dingliches Recht.

Den mittelalterlichen Rechtsquellen liegt die Untersuchung der Frage fern, ob ein vertragsmässig bestelltes Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht ein dingliches oder persönliches Recht gewähre, oder ob das Retractsrecht als jus in re aliena oder als Forderungsrecht aufzufassen sei. Sie machen ebensowenig in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen dem Recht des Pfandgläubigers bei der sogen. neueren Satzung, von dem dritten Besitzer die Herausgabe des Pfandobjects zu verlangen, und dem Rechte gewöhnlicher Gläubiger, die Veräusserung von Grundstücken ihres Schuldners anzufechten[40]). Das sächsische Lehnrecht unterscheidet nicht zwischen der Eventualbelehnung und der Lehnsexpectanz im Sinne des gemeinen Lehnrechts, dass jene ein dingliches, diese ein Forderungsrecht begründe, sondern es kennt nur das Gedinge, und nur darin macht es einen Unterschied, ob der Lehnsherr durch ein benanntes, also vollständiges Gedinge sich in der Disposition über ein bestimmtes Lehnsobject beschränkt hat, oder ob er nur im Allgemeinen, also in unvollständiger Weise, die Ertheilung von ledig werdenden Lehen (Wardung) zugesichert hat.

Hätte die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Rechte im Mittelalter eine ebenso eingreifende practische Bedeutung gehabt, wie im Römischen Rechte, wäre es von ihr abhängig gewesen, ob ein Anspruch gegen jeden dritten Besitzer durchführbar war oder nicht, so hätte dieser Unterschied nothwendig durch die Praxis zum Bewusstsein gebracht werden

40) Vgl. über die rechtliche Natur der neueren Satzung v. Meibom Pfandr. S. 432 fg.; bes. S. 437.

müssen und wir würden in den Rechtsbüchern und Schöffensprüchen sicherlich den Gegensatz dinglicher und persönlicher Rechte, dinglicher und persönlicher Klagen ausgesprochen finden. Es ist geradezu undenkbar, dass er unentdeckt geblieben wäre, wenn er in der That vorhanden war. In Wirklichkeit aber ist er nur durch unsere, romanistisch geschulte, Denkungsweise in das mittelalterliche Recht hineingetragen worden.

Die neuere Jurisprudenz hat entweder das Beispruchsrecht und Anwartschaftsrecht der Erben, die verschiedenen Retractsrechte, die Wiederkaufs- und Vorkaufsrechte u. s. w. den dinglichen Rechten zugezählt, weil sie keine Klage gegen Dritte auf Herausgabe der Sache ohne dingliches Recht sich denken konnte, oder sie hat ebenso unrichtig Zustandsobligationen angenommen, um gegen jeden Besitzer eine persönliche Klage construiren zu können. Dem mittelalterlichen Rechte ist das Eine so fremd als das Andere. Dasselbe geht von dem einfachen Grundsatze aus, dass wenn Jemand ein Grundstück zu veräussern nicht befugt ist und er dessenungeachtet eine Veräusserung desselben vornimmt, derjenige, dessen Recht dadurch verletzt ist, die Veräusserung anfechten und die Herausgabe des Grundstücks vom Besitzer verlangen kann. Es wird dabei die Frage gar nicht aufgeworfen, ob das Recht des Klägers ein dingliches oder obligatorisches sei, weil sie gänzlich unerheblich ist. Stellt man aber die Frage vom Standpunkte der heutigen Rechtsanschauungen und geht man vom Begriffe der römisch-rechtlichen actio in rem und in personam bei der wissenschaftlichen Erörterung der mittelalterlichen Klagen aus, so verschliesst man sich von vornherein die Möglichkeit einer richtigen und sachgemässen Erkenntniss. Nicht als Eigenthumsverfolgung sondern als Anfechtung einer unbefugten Veräusserung muss man die Klage characterisiren und darum passt sie eben nicht unter die römisch-rechtlichen Klagen-Kategorien, weil es nach dem römischen Actionen-System

eine generelle Anfechtungsklage nicht giebt und nicht geben kann.

Der Ausdruck die „*gewere brechen*,“ welchen die Quellen für die Klagen auf Herausgabe von Grundstücken anzuwenden pflegen, trifft das Wesen derselben sehr gut; denn die Tendenz der Klage ist auf den Nachweis gerichtet, dass der Rechtsgrund der Gewere des Verklagten haltlos und hinfällig sei; sie zerbricht vor dem Angriff des Klägers.

§ 35. Die Substanzirung der Klage.

Die prozessualische Gestaltung von Prozessen der in Rede stehenden Art entspricht dem eben dargelegten Character der Klage und bestätigt dadurch die Richtigkeit unserer Ausführung.

Bei einer Klage nach Art der römisch-rechtlichen Vindication hat der Kläger seinen Eigenthumserwerb nachzuweisen, und der Verklagte hat die Wahl, die Anführungen des Klägers zu bestreiten und den Ausfall des Beweisverfahrens abzuwarten, oder seinerseits mittelst der excep. rei venditae et traditae und dgl. darzulegen, dass der Kläger sein Eigenthumsrecht an der Sache wieder eingebüsst habe. Wird das Eigenthum des Klägers durch gerichtliches Erkenntniss festgestellt, so ergiebt sich daraus als Consequenz, dass ein Anderer nicht gültige Veräusserungen der Sache vornehmen und der Verklagte kein Besitzrecht von einem Andern ableiten kann.

Bei der Klage des mittelalterlichen Rechts ist nicht das Recht des Klägers an dem in Anspruch genommenen Grundstück, d. h. das Vorhandensein der rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen dieses Rechts, der Regel nach der Gegenstand contradictorischer Erörterung und Entscheidung, sondern es handelt sich meistens lediglich um die Befugniss des Auctors des Verklagten zur Veräusserung. Soweit uns ausführlichere Klagensubstanzirungen in den Quellen aufbewahrt

sind, werden in denselben nicht diejenigen Thatsachen aufgeführt, aus denen sich das Eigenthum, Erbrecht, Retractsrecht u. s. w. des Klägers ergiebt, sondern aus denen der Mangel der Veräusserungsbefugniss des Auctors des Verklagten folgt. Dass der Kläger der Eigenthümer, Erbe u. s. w. sei, wird nur nebenbei behufs der Activlegitimation ohne weitere Substanzirung, namentlich ohne Angabe des Eigenthumstitels, angeführt. In vielen Fällen freilich lässt sich die Dispositionsbeschränkung des Auctors des Verklagten nicht anders darlegen, als indem zugleich der Erwerb des Rechts des Klägers dargethan wird. Wenn z. B. auf Grund eines älteren Pfandrechts oder Kaufvertrages, eines Wiederkaufs- oder Vorkaufsrechts und dergl. geklagt wird, so kann der Kläger den Nachweis, dass der Auctor des Verklagten zu der späteren Disposition nicht befugt war, eben nur dadurch herstellen, dass er den Erwerb seines eigenen Rechts anführt. Allein der Zweck der Klage ist in erster Linie der Nachweis, dass der Auctor, von dem der Verklagte eingestandener Massen sein Recht auf den Besitz des litigiösen Grundstücks ableitet, nicht befugt war, ihm dieses Recht zu constituiren.

Dem entspricht es, dass die Veräusserungsbefugniss des Verkäufers, Geschenkgebers u. s. w. vor der Vornahme des Veräusserungsgeschäfts sehr häufig durch ein gerichtliches Urtheil festgestellt wurde, um späteren Anfechtungen vorzubeugen.

Vgl. z. B. Urk. v. 1255 im Hoyer Urkundenb. Siebente Abtheil. Nro. 35. (Heft 1. S. 26) . . . *Tandem sententia quaesita in judicio, quod vridink dicitur, inventum fuit: ex quo nec comes de Hoya predictus nec aliquis amicorum nostrorum praefata bona sibi vellet emptionis titulo comparare, quod ipsa possem vendere seu tribuere pro meae bene placito voluntatis* [1]).

---

1) Bei den gerichtlichen Auflassungen war dies ein wesentlicher Theil der dabei üblichen Solennitäten, wie sich aus den oben S. 238 angeführten

Man könnte den Gegensatz der römischen dinglichen Klage und der in Rede stehenden Klage des Deutschen Rechts dahin formuliren, dass jene eine positive, diese eine negative Basis habe; denn die Römische Klage ist auf die Behauptung gestützt, der Kläger habe ein (Eigenthums-, Pfand-, Niessbrauchs-) Recht, die Deutsche Klage dagegen auf die Behauptung, der Verklagte habe kein Recht, denn sein Auctor habe keine Machtbefugniss zur Veräusserung gehabt.

Nach dem Richtst. Landr. 25. § 3. lautet die Urtheilsfrage des Klägers:

so biddic ens ordels, oft het vorgeven edder vorkopen moge ane minen gelof, sint ic sin erve bin;

nach dem System. Schöffenr. IV. 1. c. 33:

ab nu dy gift adir kouf, den di vrauwe getan hatte craft und macht gehabin moge adir was recht sye.

In dem Rechtsfall bei Wasserschleben I. S. 229. führt der Kläger zur Begründung seiner Klage aus, dass der Auctor des Verklagten

nicht hat macht gehat nach seynes weybes tode den garten czu vorkouffen und den meynem weybe unde dem unmundigen kinde zu schaden uff czu lassen und was doran von H . . . gescheen ist, hoffe ich das das meynem weybe und dem unmündigen Kinde unschedelich und machtlos sey.

Zu Folge der Urk. v. 1273 bei Sudendorf Urk. B. I. Nro. 78. S. 50. wendet sich der Kläger an den Auctor des Besitzers des streitigen Lehns und erbietet sich zu dem Beweise, dass derselbe „*nichil juris in dictis bonis (habere)*".

Das Goslar'sche Urth. bei Bruns Beyträge S. 181. Nro. 6. lautet dahin:

des mochte er darna nicht vorkopen ane der vrowen willen.

Stellen ergiebt, die das bei der Auflassung vorzunehmende Verfahren beschreiben.

Verpachtet Jemand sein Grundstück, so kann der Erbe diese Disposition nach dem Tode des Verpächters anfechten und das Gut einziehen

„*wende he is in nicht lenger geweren ne mochte, wen die wile dat he levede*". Sachsensp. III. 77. § 1 [2]).

Diese Stellen, die nur als Beispiele gelten mögen, beweisen, dass man auch im Mittelalter selbst das oben dargelegte Fundament der Klage mit Deutlichkeit im Bewusstsein hatte.

§ 36. Die Vertheidigung des Verklagten.

Was das Verhalten des Verklagten einer solchen Klage gegenüber anlangt, so ist zunächst daran zu erinnern, was oben bereits näher ausgeführt worden ist, dass nämlich die Thatsache, dass der Verklagte sein Recht gerade von demselben Auctor herleitet, dessen Vergabungsbefugniss der Kläger anficht, unter den Parteien nicht streitig ist, sondern dass sie als notorisch oder zugestanden unter ihnen feststeht. Da der Verklagte zum Zweck einer positiven Vertheidigung seiner Auctor stellen und dieser die Gewährspflicht anerkennen und die prozessualische Vertretung des Verklagten übernehmen muss, wenn der Verklagte ein siegreiches Urtheil erlangen will, so findet ein Beweisverfahren darüber, von welchem Auctor der Verklagte sein Recht herleite, nicht statt. Die Streit-Einlassung kann vielmehr nur in folgenden Richtungen erfolgen:

1) Der Verklagte kann die Anführungen des Klägers bestreiten, aus denen der Kläger ein Recht für sich herleitet, die Verfügung über das Grundstück anzufechten. Nach moderner Ausdrucksweise würde der Verklagte bez. dessen Auctor in diesem Falle die Activlegitimation des Klägers b

2) Vgl. auch den S. 264 referirten Fall des Brünner Schöffenbuchs c. 326.

streiten. Beispiele dafür sind: Der Verklagte bestreitet einer Revocationsklage des Erben gegenüber, dass der Kläger der nächste Erbe des Verkäufers sei; oder einer Retractsklage des Nachbarn oder Markgenossen gegenüber, dass der Kläger Nachbar oder Markgenosse des Veräusserers sei; oder er bestreitet, dass dem Kläger vom Verkäufer ein Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht, ein älteres Pfandrecht, ein früheres Lehnsgedinge u. s. w. constituirt worden sei.

Bei einer derartigen Lage des Prozesses kömmt in Uebereinstimmung mit den sonst geltenden Beweisprinzipien der Kläger zum Beweise seiner Behauptung. Die Quellen bieten zahlreiche Beläge dafür; z. B. hinsichtlich der Qualität als Erbe:

Richtst. Landr. 23. § 1. *her richter: N. biddet dat gi bekennen edder eme gunnen, dat he dat bewisen mute, dat he N. rechte erve si.*

hinsichtlich der Priorität des Rechtstitels:

Hamburger Recht v. 1270. I. c. 7.: *wer den ersten kop edder den ersten weddeschat tugen mach, de schal den kop etc. beholden.* Ebenso

Bremer Ord. 69. Verdener Statuten c. 70. Statuten v. Stade I. c. 3.

Bremer Ord. 117. (Oelrichs S. 136.) Verdener Stat. c. 103.: *de dher ereren ghift vullenkomen mach.*

Vergl. ferner das oben S. 273 mitgetheilte Erk. in der Schlesw.-Holst. Urkundensamml. II. Nro 407. Das Goslar'sche Urth. bei Bruns S. 182. Sächs. Lehnr. 7. § 2. Richtst. Lehnr. 29. §. 5.

hinsichtlich der Existenz von Forderungen, auf Grund deren Gläubiger eine Veräusserung anfechten:

Bremer Ord. 20. (Oelrichs S. 76.): *so he siner sculde vullencomen moghe*[1]).

1) Nach dem Urtheil v. 1390 bei Thomas Oberh. S. 458. Nro. 23. wird dem Kläger ein Zeugenbeweis darüber verstattet, dass die Verklagte,

2) Der Verklagte kann die Activlegitimation des Klägers zwar anerkennen, jedoch nicht zugeben, dass die Veräusserung Seitens des Vorbesitzers eine unbefugte gewesen sei. Alsdann wird es also controvers, ob die vom Kläger behauptete Dispositionsbeschränkung des Auctors des Verklagten vorhanden war oder nicht. Diesen Einwand konnte der dritte Besitzer jedoch nicht selbstständig durchführen, sondern er musste sich an seinen Auctor wenden, damit dieser ihn vertrete, ihn gewähre. Der Verklagte kann aus der Art und Weise, wie er zum Besitz des Grundstücks gelangt ist, keinen Einwand entnehmen, der in positiver Weise das Fundament der Klage beseitigt und sonach der Klage gegenüber relevant wäre. Denn er kann nichts weiter anführen, als dass der von ihm namhaft gemachte Auctor das Grundstück ihm gegeben habe. War der Auctor zu dieser Disposition nicht befugt, so fällt auch das Recht des gegenwärtigen Besitzers zusammen. Der Auctor muss daher für ihn einstehen. Dies ist der Sinn der oft missverstandenen Stelle des

Sachsensp. III. 83. § 3. *Man sal aver ime (dem* Verkäufer) *dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, die wile he't vorstan sal; wende jene n[e] mach dar nicht an spreken, deme it gegeven is den ene gave.*

Glosse zu Sachsensp. II. 43. § 2. *Der erb dar[f] sich uf nymandt zyhen, wenn er hat alles das recht gar und gar an dem erbgut, das der tot hat; aber der keuff[er] mag an eynem gut nicht mehr bereden, denn d[as] ehr sich an seynen geweren zyhe. Darumb so hat e[r] es schwerlicher zu behalten.*

---

welche ihr Haus verkauft hatte, sich ihm gegenüber verpflichtet habe, nicht zu veräussern, sondern es nach ihrem Tode wieder dahin zurück fallen zu lassen, wo es hergekommen ist.

Erschien der Auctor nicht oder lehnte er die Uebernahme · Gewährschaft ab, so gelangte der Kläger zum Beweise ner Klagebehauptung, falls dieselbe bestritten war, oder der rklagte wurde ohne Weiteres zur Herausgabe verurtheilt.

Richtst. Landr. 25. § 2. *Kumpt jene nicht, de em oeren scole, so vrag, oftu mit rechte icht mutest wedder vorderen, dat an dime egene mit unrechte vorgeven si, up len dem it gegeven is.* (Vgl. Sachsensp. I. 52. § 4.)

Goslar. Statuten S. 28. Z. 7. ff. *We enne weren vore bringhet an ervegude, dat under eme gheanspraket is, ie mach ine de nicht gheweren: darumme mot he de unrechen were buten unde wedden; so sprict de kleghere sin ervegut vorbat an.*

Rechtsspr. v. 1347. bei Gercken. Cod. diplom. Brandenb. IV. p. 479.: *der Herzoge sal zu tage brengen ine Weren gegen unsen Herrn v. Magdeb. in rechter czyt; oerd he gewert des pfandes als es recht ist von ihm, der Herzog sal es geniessen, wird ihm aber broch an der gewere* (Gewährschaft), *so sal her unsen Herren v. Magd. unbeworren lassen an dem dorffe, des es unser Herre v. Magd. das bewiese als es recht ist, das ihm das dorff los worden sie*[2]).

Schiedsspruch aus dem Ende des 14. Jahrh. bei Wigand. Denkw. Beiträge S. 202. Nro. 23. *Alse sek de van Hoxere vormetet in erer antworde, se hebben der twiger love ligende orkunde und levendige warend und willen de vorbringen, sek mede to werende, kunde se de warschap brinen, der unse here und sin stichte to rechte entgelden scholen, es scholen se gheneten; kunnen se des aver nicht geon, so scholen se unsem heren und sinem stichte r ervegud laten.*

2) D. h. als erledigtes Lehn heimgefallen sei. — Ganz ähnlich die cheidung der folgenden Streitpunkte, ebend. p. 480. 481.

Der Verklagte hatte dann seinerseits, wenn er aus einem onerosen Rechtsgeschäft das evincirte Grundstück erworben hatte, gegen den Auctor eine Klage auf Schadensersatz. Die Rechtsquellen, Stadtbuchs-Inscriptionen und Urkunden bieten zahllose Beispiele dafür, dass der Verkäufer die Gewährsleistung ausdrücklich zusichert, Bürgen für die Erfüllung dieses Versprechens stellt, von seinen nächsten Verwandten die gleiche Verpflichtung übernehmen lässt, und falls er nicht sollte Gewährschaft leisten können, die Zahlung einer Conventionalstrafe verspricht[3]).

Kam dagegen der Auctor und erklärte er sich zur Gewährsleistung bereit, so trat er in den Prozess ein, als wäre er der ursprünglich Verklagte. Er übernahm daher auch den Besitz des litigiösen Grundstücks und genoss die prozessualischen Vortheile der Gewere[4]). Er konnte nun seinerseits wieder seinen Auctor stellen bis derjenige dem Kläger gegenüberstand, der durch seine unbefugte Veräusserung das Recht des Klägers verletzt hatte[5]).

Es gelten in dieser Hinsicht dieselben Regeln, wie bei der Klage auf Zurückgabe abhanden gekommener Mobilien; nur dass für alle Prozesse um Grundstücke das forum rei sitae

---

3) War keine Conventionalstrafe versprochen, so hatte der Auctor, der nicht Gewähr leisten konnte, doch Busse und Gewedde verwirkt. Gosl. Stat. S. 28. Z. 8. 9. Rechtsaufzeichnung von Burg S. 168. Nach einigen Stadtrechten war jedoch ein ziemlich hoher Procentsatz des Kaufpreises von Rechtswegen als Schadensersatz angeordnet; so nach dem Hamburgisch-Lüb. Recht 10%, Hamb. Stadtr. v. 1270. VII. c. 2. v. 1292 C. 35. Pauli Abhandlungen I. S. 156 ff., nach dem Prager Statutarrecht Art. 106 $33^1/_3$%; ja sogar 50% nach dem Bremer Ord. 12 (Oelrichs S. 72) und den Verdener Statut. c. 76.

4) Sachsensp. III. 83. § 3. Richtst. 25. § 4. (verb: *und hedde se it in erer gewere).*

5) Goslar. Stat. S. 28. Z. 11. *Wert ervegut gheanspraket, des de sakwolde senne weren vorebringt vor gherichte, tüt de were vort uppe enne anderen weren....* Rechtsb. nach Distinctionen I. 46. d. 8. Vgl. Richtst. Ldr. 25. § 3.

competent ist, der Kläger daher nicht dem Verklagten zu seinem Gewähren zu folgen braucht, sondern der Verklagte seinen Auctor bringen muss[6]).

Die definitive Entscheidung des Prozesses erfolgte also nicht zwischen dem Kläger und dem ersten Verklagten, sondern zwischen dem Kläger und dem Auctor. Es kann daher nicht Wunder nehmen, dass in den Schöffenurtheilen, welche Prozesse um Herausgabe eines Grundstücks betreffen, öfters nicht der Besitzer als verklagte Partei erwähnt wird, sondern der Auctor, der die rechtswidrige Veräusserung vorgenommen hat.

So klagen in dem im Brünner Schöffenb. c. 203. erzählten Falle Kinder gegen ihren Stiefvater, der ihr väterliches Haus verkauft hat,

„*utrum dicta venditio non debeat retrocedere et ipsa domus ad nos sicut ad veros heredes redire*".

Obwohl nach dem Wortlaut dieser Urtheilsfrage die Klage nicht auf Schadensersatz, sondern auf Herausgabe des Hauses selbst gerichtet war, wird der gegenwärtige Besitzer des Hauses gar nicht erwähnt.

In dem oben erwähnten Falle im System. Schöffenrecht IV. 1. c. 33. 34. (Magd. Fragen I. 12. 6.), wo eine Wittwe ein Haus verkauft hatte, das ihr unter der Bedingung, dass sie nicht wieder heirathe, vermacht worden war, wird, nachdem sie zur zweiten Ehe geschritten, auf erhobene Klage der Erben des ersten Mannes nicht der Käufer, sondern die Frau verurtheilt, das Haus den Klägern zu restituiren.

---

6) Richtst. Ldr. 25. § 2. a. E. *Wen dat gevunden is, so mut jene sinen weren bringen.* — Gosl. Stat a. a. O. Vergl. auch das Dresdener Sch.-Urth. bei Wasserschleben S. 343. c. 191. Walkenrieder Urk. v. 1239 im Urk.-Buch des hist. Ver. f. Niedersachsen II. S. 164. 165. In der Urk. v. 1345 in der Schleswig-Holst. Urkunden-Sammlung II. Nro. 107. S. 121 verspricht der Verkäufer

In dem Magdeb. Rechtsfall bei Wasserschleben S. 171. c. 39. streiten zwei Käufer um die Priorität des Kaufs; verurtheilt aber wird der Verkäufer, *wem her den ersten kouff an dem erbe gethan hat, dem ist her des kouffis phlichtig zu haldin.*

In dem bei Thomas Oberhof S. 463. Nro. 35. mitgetheilten Rechtsfall wird die Klage *umb eigen und erbe* gegen den Niessbraucher angestellt, *der solich guder eins teils verussert und virkaufft habe* [7]).

Diese Stellen erklären sich daraus, dass die Urtheilssammlungen das prozessualische Vorspiel als unerheblich nicht erwähnen. Eine Klage auf Herausgabe eines Grundstücks musste allerdings immer gegen den Besitzer angestellt werden, wenn eine gerichtliche Execution gegen ihn erreicht werden sollte; allein es wurde im Laufe des Prozesses durch das Eintreten des Gewährsmann diejenige Person an die Stelle des ursprünglichen Verklagten gesetzt, von welcher sich die Rechte des Klägers und des Verklagten wie aus einem Kreuzungspunkte ableiten. Die im Prozess eigentlich zu entscheidende Frage war die, ob der Kläger befugt ist, die Veräusserung, welche diese Person vorgenommen hat, anzufechten. In anschaulicher Weise stellt der Richtst. Ldr. c. 25. dieses Verfahren dar.

Der Prozess reduzirt sich daher, wenn nicht ein Auctor die Gewährsleistung ablehnt, in den meisten Fällen gewissermassen auf einen derartigen Rechtsstreit, wie wir ihn in den §§ 31—33 erörtert haben. Denn entweder hat der Auctor eine Vergabungsbeschränkung, welche für ihn dem Kläger gegenüber bestand, verletzt, also durch seine Veräusserung ein Privatdelict gegen den Kläger begangen, welches den letzteren

binnen Jahr und Tag, so oft es erforderlich Hidberghe ante judicium venire et ibidem in jure contestari volo warandare.

7) Siehe auch die Urkunde von 1273 bei Sudendorf Urkunden buch I. Nro. 78. S. 50.

berechtigt, das Gut einzuziehen [8]); oder er hat eine vertragsmässige Verpflichtung, das Gut dem Kläger zu übertragen oder zurückzuliefern durch die anderweitige Veräusserung ausser Acht gesetzt.

Daraus ergiebt sich die Normirung des Beweisrechts. Es giebt keine durchgreifende Regel, wonach stets der Kläger oder stets der Verklagte znm Beweise kommt; ebensowenig entscheidet die Gewere, oder die Behauptung eines sog. stärkeren Rechts, oder die Erwägung, wer behalten will, oder wer der Angegriffene sei; sondern es wiederholen sich hier die Regeln, welche wir für die verschiedenen Fälle der im vorhergehenden Unterabschnitt behandelten Klagenkategorie entwickelt haben.

Zum Beweise kömmt immer nur die für die Entscheidung des Rechtsstreites relevante Behauptung und nur nach der Natur der in concreto relevanten Behauptung ist es zu beurtheilen, ob der Kläger oder der Verklagte das Beweisrecht hat und durch welches Beweismittel er den Beweis zu erbringen hat.

Behauptet der Auctor des Verklagten z. B., dass er an dem veräusserten Grundstück nicht blos Leibzuchtsrecht, sondern Eigenthum gehabt habe, so erbringt er als Besitzer den Beweis dafür selbsiebend [9]).

In denjenigen Rechtsgebieten, in denen das Beispruchsrecht der Erben auf Erbgüter beschränkt war, gelangt der Auctor zum Beweise, dass das von ihm veräusserte Grundstück erworbenes Gut (*koeplant*) sei [10]). Dagegen steht dem Kläger wieder die Replik zu, dass das veräusserte Gut für Erbgut erworben sei und daher unter den von Erbgütern gel-

8) Siegel Deutsches Erbrecht S. 119.
9) Richtst. Landr. 25. § 4.
10) Lüb. Recht Cod. II. Art. 44. Vergl. Pauli Abhandlungen Band I. S. 152.

tenden Veräusserungsbeschränkungen stehe [11]), und es wird ausdrücklich das Beweisrecht für diese Replik dem klagenden Erben zuerkannt [12]).

Stützt sich der Kläger auf ein blosses Versprechen des Auctors, ihm das Grundstück zu veräussern, ohne dass er dafür geeignete Urkunden oder Zeugen beibringen kann, und leugnet der Auctor das Versprechen, „*zo mag her unschuldig werdin alzo recht ist*“ d. h. mit seinem Eide [13]).

Wendet der Auctor ein, das Grundstück in echter Noth, also befugter Weise versetzt zu haben, so mag er das *zcu den heyligen geweren, daz her des von libes nod nicht enpern muchte* [14]).

Ferner kann der Auctor resp. der verklagte Besitzer einwenden, dass der Kläger zu dem Verkaufe seinen Consens ertheilt habe oder dass er nach den Worten des Richtsteigs Landr. 25. § 3. „*de upgift sach unde do nicht wedder ne sprak do it gescach.*“ Das Beweisrecht hat die verklagte Partei [15]).

---

11) Lüb. Recht Cod. II. Art. 41. Pauli a. a. O.

12) Eisenacher Rechtsb. I. c. 96.

13) Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 172. c. 39.

14) argum. Rechtsb. nach Distinctionen I. 47. d. 9. Goslar. Statut. S. 26. Z. 39; S. 29. Z. 46. Die Stellen beziehen sich zunächst darauf, dass der Veräusserer vor der Verpfändung oder dem Verkaufe die echte Noth darlegen und beschwören soll. und dass er durch richterl. Decret (Urtheil) zur Verpfändung ermächtigt wird; die gleiche Beweisregel muss aber auch Platz greifen, wenn nach erfolgter Veräusserung die Nothwendigkeit derselben in Zweifel gezogen wird. Vgl. auch Hamburger Recht v. 1270. I. 8. a. E. Lüb. Recht. Cod. II. Art. 27 und Reval'scher Codex Art. 23 (Hach S. 261. Note 6). Lewis Succession S. 63 ff. Pauli Abhandlungen I. S. 117.

15) Der Beweis ist, da eine gerichtliche Handlung streitig ist, mit Gerichtszeugniss zu erbringen. Rechtsb. n. Distinct. I. 45. d. 3. *he* (der Verklagte) *muchte denne volkomen mit rechte, daz is mit sinen willen geschen sy, der is om anspricht; daz musz he bewisszen mit gerichte czu wichbilde unde czu lantrechte mit gerichte und mit dingphlichtigen, dy is gesen unde gehort haben.*

In ähnlicher Weise kann einer Retractsklage der Einwand entgegen gestellt werden, dass das Grundstück vor dem Verkaufe dem Kläger vergeblich angeboten worden sei. Dass hinsichtlich dieser Einrede der verklagte Auctor das Beweisrecht hat, ergiebt sich aus der Vorschrift, dass er bei dem Anerbieten zwei zum Zeugniss geeignete Männer zuziehen soll, mit denen er dann nöthigenfalls den Beweis selbdritt führen kann[16]).

Wenn der Beweis des Consenses, der Anwesenheit bei der gerichtlichen Auflassung, des vergeblichen Anbietens zum Kaufe und dergl. nicht in der vorgeschriebenen Weise durch Gerichtszeugniss oder Privatzeugen erbracht werden kann, so kann der Kläger eine solche Behauptung zweiffellos durch seinen Eid widerlegen, wie aus der Analogie von Sachsensp. I. 13. § 2. folgt[17]).

Ebenso folgt aus allgemeinen Regeln, dass, wenn der Kläger behauptet, der Auctor habe ein revocables Eigenthum gehabt, welches durch Eintritt der Bedingung z. B. durch Wiederverheirathung zusammengefallen sei, er eine darauf bezügliche, bei der gerichtlichen Verreichung gemachte Clausel (einen *undyrscheyd*) mit Gerichtszeugniss, Stadtbuchs-Einträgen oder Schöffenbriefen erweisen konnte, während ein aussergerichtliches Versprechen dieser Art vom Auctor eidlich geleugnet werden konnte.

Bei der Verschiedenheit der rechtlichen und thatsächlichen Verhältnisse, welche bei Klagen dieser Kategorie vorkommen konnten, ist es unmöglich, alle denkbaren Einreden und Repliken einzeln zu erörtern; es dürfte daher die Verweisung auf die im vorhergehenden Unter-Abschnitt entwickelten Re-

16) Lüb. Recht Cod I. Art. 5. Cod. II. Art. 29.

17) Vgl. auch Sächs. Lehnr. 39. § 1. 76. § 7. a. Ende. Eine particuläre Abweichung ist es, wenn das Dithmarsche Landr. v. 1447. § 141 dem Kläger den Beweis auferlegt mit 12 *mannen, dat he eme nye to kope boden were*. S. Lewis Succession S. 70. Note 60.

geln neben den vorstehend aufgeführten Beispielen genügen, um die Anwendung des oben formulirten Prinzips zu veranschaulichen.

3) Der Verklagte kann die Richtigkeit der vom Kläger vorgebrachten Anführungen ganz dahin gestellt sein lassen oder sie ausdrücklich zugeben, indem er die Klage für präcludirt erklärt, weil er die rechte Gewere erworben habe. Obwohl die Regeln des mittelalterlichen sächsischen Rechts über die rechte Gewere im Vergleich zu den übrigen Lehren des Immobiliar-Sachenrechts klar sind und die Quellen ein reichhaltiges Material gewähren, so fehlt es doch noch immer an einer brauchbaren detaillirten Untersuchung über dieses Institut, abgesehen von der ausgezeichneten Darstellung Albrecht's (Gewere S. 99. ff.), welche die Grundlage aller späteren Arbeiten geblieben ist. Für die Erkenntniss der Klagen um Grundstücke aber ist eine genaue Einsicht in die Voraussetzungen, Wirkungen und prozessualische Feststellung der rechten Gewere unerlässlich. Wir können uns daher einer eingehenden Erörterung dieser Lehre um so weniger entziehen als die Auffassung Albrechts in wichtigen Punkten erhebliche Bedenken unterliegt.

§ 37. Fortsetzung. Rechte Gewere. Materielles Recht.

I. Die Voraussetzungen der rechten Gewere.

Es gehört zum Erwerbe einer rechten Gewere

1) factischer Besitz. Eine Meinungsverschiedenheit kann darüber nicht bestehen, dass ohne factischen Besitz keine rechte Gewere entstehen könne[1]; die herrschende Theorie von der juristischen Gewere aber hat zur Folge, dass dieses Er

1) Eine Reihe von Stellen dafür hat Stobbe Gewere S. 472 zusammengestellt; die Anzahl dieser Zeugnisse kann aber bis ins Unendliche

forderniss leicht in einem unrichtigen Lichte erscheint. Die scharfe Hervorhebung des Satzes nämlich, dass kein blosses Besitzrecht genügt, sondern wirklicher Besitz nöthig ist, führt zu der Annahme, als hätte rechte Gewere nur durch unmittelbares körperliches Innehaben entstehen können. Wenngleich nun ohne Zweifel ein blosses Besitzrecht unter keinen Umständen zur rechten Gewere führen kann, so ist es doch unrichtig, eine eigentliche Detention als ein Requisit derselben hinzustellen. Der Begriff des Besitzes kömmt vielmehr, auch wenn es sich um die Voraussetzungen der rechten Gewere handelt, in ganz demselben Sinne zur Geltung, in dem das Deutsche Recht ihn bei Immobilien überhaupt ausgebildet hat, d. h. auch derjenige hat den Besitz eines Grundstücks, der die Nutzungen desselben zieht, der es „in Nutz und in Gelde" hat[2]). Dies ergiebt sich theils aus den zahlreichen Stellen, welche die *hebbende gewere* demjenigen zuschreiben, der die Nutzungen des Gutes zieht, theils wird es ausdrücklich für die rechte Gewere bezeugt[3]). Demnach ist im Allgemeinen zur Entstehung der rechten Gewere zwar eine *hebbende*, aber nicht nothwendig auch eine *ledikliche gewere*[3a.]) erforderlich.

---

vermehrt werden, denn jede Stelle, welche die rechte Gewere betrifft, bestätigt, dass der Besitz die Voraussetzung derselben ist. Albrecht Gewere S. 111 fg. nimmt zwar einen Widerspruch unter den Quellen an; allein die von ihm für die entgegengesetzte Ansicht angeführten Stellen werden sich durch die folgenden Ausführungen erklären.

2) Siehe oben § 22.

3) Richtst. Landr. 21. behandelt den Fall, dass ein Pächter von zwei Personen wegen des Pachtzinses gepfändet wird und deshalb klagt. Unter den beiden Prätendenten, von denen demnach keiner das Gut unmittelbar bewirthschaftet, beruft sich § 4 zu Folge der Eine auf rechte Gewere von Jahr und Tag. Ebenso wird in dem Schöffen-Urtheil bei Wasserschleben I. S. 133 a. Anf., welches den Erwerb der rechten Gewere behandelt, derselbe abhängig gemacht von *nucz und gebruchunge, uffname der czynse an dem dorffe Reynersdorff* Seitens des Bischofes von Meissen.

3 a) Im dem S. 165. Note 16 angegebenen Sinne.

Nur wenn in dem Verhältniss zwischen Eigenthümer unc Vassallen oder Erbpächter das Eigenthum durch rechte Gewere geschützt werden soll, insbesondere bei der oblatio feud gegen die Anfechtung der Erben des Vassallen, ist ein lediger Besitz von Jahr und Tag auf Seiten des Eigenthümers nothwendig[4]). Der Grund hiervon ist der, dass in diesem Falle der Herr dem früheren Eigenthümer gegenüber die Gewere von Jahr und Tag erlangen soll; daher muss er, um ihm und seinen Erben gegenüber geschützt zu sein[5]), den unmittelbaren (d. h. ledigen) Besitz ausüben. Dagegen dritten Personen gegenüber, die sich die Lehnsherrlichkeit an demselben feudum oblatum etwa zuschreiben wollten, konnte sich der Herr auf rechte Gewere berufen, wenn er nur Jahr und Tag hindurch die Lehnsdienste empfangen hatte, auch ohne dass er zwischen der Auflassung und der Investitur Jahr und Tag hindurch das Gut in ledigem Besitz gehabt hatte.

Andererseits ist eine Detention, ohne dass der Inhaber Gebrauch und Nutzung für sich hat, die er vielmehr nur a Stellvertreter eines Andern ausübt, nicht geeignet, zu ein rechten Gewere zu führen. Dies wird insbesondere bestäti hinsichtlich des Verwalters eines Gutes[6]), des Kastellans ein Burg[7]), des Miethers eines Hauses[8]).

4) Sachsensp. I. 34. § 2. Vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 316 Stobbe Gewere S. 472 Dass dieser Besitz von Jahr und Tag den U kunden zu Folge öfters unterblieb, erklärt sich leicht, wenn man beden dass er den Intentionen der Parteien widersprach und dass er ja nur ei Vorsichtsmassregel war, falls eine Anfechtung Seitens der Erben zu b fürchten war. Homeyer a. a. O. S. 317.

5) Der Sachsensp. a. a. O. hat nur das Verhältniss des Herrn zu Vassallen und seinen Erben im Auge: *„so dat he noch nen sin erve n egen daran bereden mach“*.

6) Sächs. Lehnr. 62. § 1.

7) Sächs. Lehnr. 72. § 10. Vgl. 13. § 1. a. E.

8) Brünner Schöffenb c. 328. a. E. ... si aliquis censum dete minatum de domo conventa pluribus annis solvat, non potest probare, qu ex praescriptione domus hujusmodi ad se spectat.

2) Der Besitz muss Jahr und Tag d. h. ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage gedauert haben. Wo die Quellen von rechter Gewere sprechen, setzen sie immer den Ablauf dieser Zeit voraus; allein diese Frist ist nur die regelmässige und gewöhnliche, auf normale Verhältnisse berechnete. So lange eine Gewere noch nicht Jahr und Tag bestanden hat, bezeichnete man sie nicht als rechte Gewere, wenngleich sie möglicher Weise mit denselben Rechtsgarantien bereits versehen sein konnte, welche die rechte Gewere auszeichnen; und andererseits galt ein Besitz von Jahr und Tag auch dann als rechte Gewere, wenngleich er noch nicht gegen alle Anfechtungen gesichert war. Die Wirkungen der rechten Gewere konnten dagegen theils schon vor Ablauf von Jahr und Tag eintreten, theils trotz des Besitzes von Jahr und Tag noch hinausgeschoben werden.

a) Die Wirkungen der rechten Gewere traten sofort ein gegen diejenigen, welche bei der gerichtlichen Auflassung oder Adjudication eines Grundstücks zugegen waren und nicht sofort Widerspruch erhoben haben.

Sachsensp. II 6. § 4. *Svelke gave die man siüt oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden*[9]).

Demgemäss wird in den Urkunden über Auflassungen von Grundstücken sehr häufig die Klausel „*nemine contradicente*“ „*nullo reclamante*“ u. dergl. beigefügt[10]).

Dieser Satz des Land- und Lehnrechts fand auch in den Städten Anwendung und wird sowohl im Gebiete des Mag-

9) Richtsteig Landr. 25. § 3. a E. Sächs. Lehnr. 17. Vergl. Lehnr. 39. § 1. a. E. und 45. § 4.

10) z. B. Urk. v. 1107 bei Gersdorf Urk.-B. des Hochst. Meissen I. Nro. 41. Lacomblet Urkundenbuch I. Nro. 181. (v. 1045); Nro. 356 (v. 1147); Nro. 505 (v. 1187) u. v. a.

deburgischen Rechts[11]) als in niedersächsischen[12]) Rechtsquellen bezeugt. Auch die Brünner Schöffen[13]) erklären:

si dictae donationis innovatio coram actuato judicio facta fuisset, adhuc tantum illis consanguineis, qui praesentes eam non reclamassent, et non aliis absentibus praejudicium generassent.

Nicht minder ist dasselbe Prinzip durch das rheinfränkische und bairisch-alemannische Rechtsgebiet verbreitet[14]).

Dem strengen Recht zu Folge musste derjenige, welcher durch eine Vergabung oder durch ein Urtheil sich in seinem Rechte gekränkt glaubte, ungefragt und von freien Stücken Widerspruch erheben, widrigenfalls der Grundsatz *qui tacet consentit* ihm gegenüber zur Geltung kam. Es war indess üblich, bei gerichtlichen Auflassungen dreimal laut auszurufen, ob jemand Widerspruch erhebe, und zu constatiren, dass Niemand widersprochen habe.

---

11) Magd. Sch.-U. in den Pölmann'schen Distinct. II. 20. d. 24. b[illegible] Steffenhagen die IX Bücher Magdeb. Rechts (Königsb. 1865) S. [illegible]. Glogauer Rechtsb. c. 23. Distinction. I. 46. d 4. Glosse zu Weic[illegible]-bildrecht 20 (v. Daniels C. 271). Bischoff Sammlung Deutsch[illegible]er Schöffensprüche in einer Krakauer Handschr. (Wien 1867). Nro. 261. S [illegible]3.

12) Hamb. R. v. 1270. IV. Art. 5. Lüb. Recht (Hach) Cod. I [illegible]I. Art 285. Stat. v. Stade III. Art. 5 (Pufend. App. I. p. 187). [illegible] Oberhof zu Lübeck erklärt im Jahre 1470 das Beispruchsrecht [illegible] nächsten Erben für präcludirt, wenn sie resp. ihre Vormünder *over* [illegible] *kope gewest sint unde dosulves den koep nicht bispraket hebben.* Michels [illegible] Nro. 44. Vgl. ebend. Nro. 92 v. 1478.

13) Schöffenbuch c. 341. Vgl. auch c. 648.

14) Wormser Dienstrecht c. 6. Freiburger Stadtr. v. 1120 § [illegible]7 Si quis res alterius in vadio exponat, praesente possessore nec con[illegible]dicente, postea contradicere non poterit. Colmar. Stadtr. § 22. (Gau[illegible]p Stadtr. I. S. 118). Berner Handfeste v. 1218 § 11. (Gaupp II. S. [illegible]). Burgdorf. Handf. § 189. (Gaupp II. S. 141). Stadtr. v. Datten[illegible]d § 22. (Gaupp II. S. 179). Baseler Urk v. 1290 bei Arnold Gesch. [illegible]es Eigenthums S. 367. „*da diu vorgnante sin elich vrouwe gegenwertig waz* [illegible] *ez niet widerrette*". — Für Baiern vergl. Merkel in der Zeitschrift [illegible]ür Rechtsgeschichte Bd. II. S. 138 fg., besonders S. 140.

So bekunden Schultheiss und Schöffen zu **Duisburg**[15]).

Haec donatio facta est coram nobis anno D. 1235; *post requisitum semel et iterum ac tertio contradictorem et nullo contradicente sententia et auctoritate imperiali confirmata est ecclesiae predictae*[16]).

Nach manchen Rechten wurden diejenigen Personen, welche ein Recht zum Widerspruch hatten, besonders aufgefordert, sich zu erklären, ob sie die Vergabung anfechten wollen oder nicht[17]), und wenn sie **keine** Erklärung abgaben, galten sie als zustimmend[18]). Das **Goslar**'sche Recht dagegen gestattet auch demjenigen, der eine gerichtliche Vergabung anhört oder ansieht, noch ein Widerspruchsrecht von Jahr und Tag, wenn er nur nicht **ausdrücklich** consentirt, *vulbort* gegeben hat[19]).

b) Die Wirkungen der rechten Gewere traten mit Ablauf von Jahr und Tag **noch nicht** ein gegen diejenigen, welche in dieser Zeit ohne ihre Schuld an der Geltendmachung ihrer Rechte gehindert waren[20]). Dahin gehören folgende Fälle:

---

15) **Lacomblet** Urk.-B. II. Nro. 202.

16) Vgl. die Belege aus süddeutschen Urkunden bei **Merkel** a. a. O. Note 107, in denen die „trina interrogatio, utrum nam esset aliquis contradicens" erwähnt wird; und die oben § 31. erwähnten Auflassungs-Formulare.

17) **Moringer** (Uslarsches) **Stadtrecht** I. § 13 (in der Zeitschrift f. Rechtsgesch. Bd. VII. S. 294) *de kindere ... de mundich synt, werden se nicht ghevraget ume den kop, eff se one vulleborden, so mogen se in den kopp spreken by jare und by dage.* Vgl. die in der folgenden Note angeführten Stellen.

18) **Hamburger** Stadtr. v. 1270. I. 12. **Lüb. R.** (Hach) Cod. III. Art. 253. Stat. v. **Stade** I. c. 8. (**Pufend.** p. 173). — **Bamberger** Stadtr. Art. 52—54.

19) **Goslar. Stat.** S. 14. Z. 12. *Were en vor gherichte, dar men an enes anderen weghene eneme enes eghenen vrede werchte oder eme to hande sette, unde he des nicht ghevraghet worde of he des vulbort gheve, unde he des nene vulbort ne gheve, binnen jar unde daghe mochte he dat wederspreken, of he dar wat rechtes ane hedde.*

20) **Albrecht** Gewere S. 114. **Stobbe** S. 470.

α) Der Hauptfall ist Abwesenheit ausser Lande Erst Jahr und Tag nach der Rückkehr ist die Anfechtung ein• während der Abwesenheit des Berechtigten erfolgten Besit veränderung präcludirt.

Goslar. Statuten S. 25. Z. 18. *Wes ervegut ghelat oder bekomeret wert, de wile he buten landes is, dat scal wederspreken, wanne he weder binnen landes kumt, binn jar unde daghe. Deyt he des nicht, seder ne mach he nicht wederspreken.* Distinctionen I. 42. d. 2[21]).

Auch vorübergehende Anwesenheit genügt aber, um d Beginn der Frist zu begründen; die rechte Gewere wird n durch ununterbrochene Abwesenheit ausgeschlossen.

Rechtsb. nach Distinctionen I. 34. d. 2. . . . *a muste her volkomen zcu den heyligen mit sines selbes han daz he in der vorgenanten jarczal ny were in daz lan komen.*

---

21) Vgl. für das Magd. Recht z. B. das Urth. bei Wasserschl ben I. S. 267. c. 129 . . . *und ist der clegir ynlendischz gewest, der yczu das gut anlangit und hat das gut nicht mit rechte angeteydinget bey jare u tage.* Ebendas. S. 272. c. 133. Systemat Schöffenr. III. 2. c. IV. 2. c. 43. 45. Magdeb. Fragen I. 7. d. 2. 5.

Von obersächs. Stadtrechten: Naumburger Stat. v. 13 Art. 15 (Mühler Rechtshandschr. S. 66). Statut. von Salfeld Art. 1 (Walch I. S. 50). Mühlhäuser Rechtsb. (Förstemann) S. 16. Z sätze zu den Erfurter Stat. bei Walch II. S. 29 30 Siehe auch Sta v. Salzwedel § 1. (Gengler S. 396).

Von niedersächs. Stadtrechten: Lüb. Recht (Hach) Cod. Art. 20. Cod. II. Art. 34. Hamburger R. v. 1270. VII Art. 2. St v. Stade VII. Art. I. (Pufendorf I. p. 208).

Von den westphälischen Stadtrechten: Stat. v. Dortmund Dreyer's Nebenstunden S. 428 Stat. von Driburg in Wigand's Arc Bd. II. Heft 4. S. 363. Ferner Stadtrecht v. Duderstadt im Eichsf § 9. (Gengler Cod. jur. municip. I. p. 926).

Ueber das süddeutsche Recht siehe Merkel Zeitschr. f. Rec geschichte II. S. 163 und überdies Aeltestes Recht von Augsburg IV (Gaupp II. S. 204). Rechtsbrief f. Passau v. 1225 § 3. (Geng S. 344). Stadtr. von Innsbruck § 15. 16. (Gaupp II. S. 225). Rec brief f. Buchhorn v. 1299 § 5. (Gengler S. 142) u. v. a.

Eine ganz vereinzelte particuläre Besonderheit ist es, dass nach den Freiberger Statuten V. 35. (Schott III. S. 180.) die Abwesenheit ausser Landes nicht berücksichtigt werden soll[22]).

β) Die Entstehung der rechten Gewere ist ferner dem gegenüber ausgeschlossen, der von der Verfügung über das Grundstück keine Kenntniss erlangt hatte, sofern das Nichtwissen unverschuldet war und er binnen Jahr und Tag nach erlangter Kenntniss sein Recht verfolgt[23]). Der Besitzer konnte gegen die Gefahr, dass ein Prätendent nach langem Schweigen Ansprüche geltend mache und der Behauptung der rechten Gewere gegenüber sich auf seine Nichtkenntniss berufe, sich dadurch schützen, dass er dem Beispruchsberechtigten den Besitzerwerb anzeigte und ihn zur Klage-Anstellung binnen Jahr und Tag provocirte[24]).

γ) Echte Noth. Richtst. Landr. 27. § 3. *Vrage, na deme dat it di not benam, dat dus binnen der rechten tit*

---

22) *Welch man eigin unde erbe hat in gewalt unde in sinir rechtin gewer jar unde tac unde ist gewert alse recht ist ane ansprache, der beheldit vor allirmenglich, he si gewesit uzewendic landis verre adir na, so hat he jo dran nicht zu rechte.*

23) Sächs. Lehnr. 38. § 1. (Die Worte *of he't mit klage begript als it ime erst to wetene wert* sind auf die kurz vorhergehenden Worte *binnen siner jartale* zurück zu beziehen). Richtsteig Lehnr. 15. § 5. Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 77. c. 122. Magdeb. Frag. II. 2. d. 3. Goslar. Stat. S. 11. Z. 32. 33. Kehdinger Landr. bei Pufendorf Obs. I. App. p. 150. — Vergl. ferner Wormser Dienstr. c. 6. Privil. v. Speyer v. 1182 § 11. (Gengl. S 452). Murtener Stadtrodel 21. (Gaupp II. 156.. I. Feud. 26. § 1.

24) Leobschützer Stat. bei Böhme Dipl. Beytr. II. S. 20. *Were ez, daz eyner erbe keufte und das were anspreche* (ansprächig) *von des mannes frunde, der yn fremdem lande were gesezzen, wer das erbe keufet, der zal nemen zeiner stat brif und zal den zenden dem richter yn dy stat, do yener gesezzen ist und zal en heyssen komen by jar und by tag czu ansprechen zyn erbe; kommt her nicht by jar und tag her verleusst zyn ansprache.* Urkunde v. 1300 bei Tzschoppe u. Stenzel Urkundenbuch Nro. 100a. S. 441. Brünner Schöffenb. c. 643.

nicht weddersprikest, oft dut de wile vorsumen mogest oder nicht. So vintme du ne mogest[25]).

δ) Unmündigkeit und Wahnsinn[26]).

3) Der Besitz von Jahr und Tag muss ohne Widerspruch ausgeübt worden sein, *sine lite, ane rechte wedersprake, ane ansprake, stille, unvorsprochenlich, rousamelik.*

Im Einzelnen gelten darüber folgende Grundsätze:

a) Nur eine gerichtliche Klage ist geeignet, die Entstehung der rechten Gewere zu hindern. Es genügt weder eine aussergerichtliche Behauptung und Darlegung entgegenstehender Ansprüche noch eine gerichtliche Verlautbarung oder Protestation derselben.

Der Sachsensp. II. 44. § 1. verlangt „*rechte clage*“; andere Quellen erläutern dies näher.

Nordh. Weisth. in Förstemann's Neuen Mittheil. I. Heft 3. S. 60. . . . *Dez schriben unse herren also: Ein rechte ansprache sal myt gerichte edir vor gerichte gesche; so drowe* (Drohungen) *nach unser stadtrechte und gewanheyt ist dycheir recht ansprachunge.*

Freiberger Statuten V. c. 22. bei Schott III. 176 *Wer erbe anspreche machen wil, der sal iz tun zu rechte in der ersten jaris vrist und sal ieme vorgebiten und sa- in zu rede setzen, daz heizet ansprache*[27]).

---

25) Goslar. Stat. S. 11. Z. 30. S. 26. Z. 8. S. 27. Z. 13. Rechtsaufzeichn. von Burg (Neue Mittheilungen Bd. XI) S. 168. Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 44. Magdeb. Fr. I. 7. d. 4. I. 12. d. 3. II. 2. d. 3. Kulm. IV. 109. Distinctionen I. 43. d. 5; 46. d. 3. Prager Schöffensatz. 135. 3.

26) Sächs. Lehnr. 26. § 9. Prager Statutarr. c. 119. v. 1390. (Rössler S. 76). In den Partei-Vorträgen erklärt die Partei, welche sich auf rechte Gewere beruft, häufig ausdrücklich, dass der Gegner „*sinnig, mundig und ynlendischz gewest ist*“ z. B. Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 223. 229. 273. 303. 304. 379.

27) Vergl. noch Weichbildr. (Mühler) Art. 65. Mühlhäuser Rechtsb. (Förstemann) S. 16. Rechtsb. nach Distinct. I. 43. d. 1.

Auch muss die Klage wirklich durchgeführt werden, man darf sie nicht liegen lassen.

Goslar. Statuten S. 25. Z. 25. *Wanne men en eghen ansprikt, dat sal men don mit ghericht unde mit dinglüden unde vulvorderen de ansprake. Deyt he des nicht, so ne is it nen ansprake.*

Dresdner Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 304. c. 163. *Nach dem male der todin frawen brudir . . . mit rechtir clage der ansproche zcu ende nicht gefolgit hat, zo mag her keyne ansproche di ym helffende sey an seyner swestir erbgute meir gehaben* [28]).

Eine Protestation vor Gericht ist der Regel nach nicht genügend:

Naumburger Statuten von 1337 c. 15. bei Mühler a. a. O. S. 66. *Ouch wer binnen landes iz unde czu sinen jaren komen iz unde Erbe anspreche wil, der sal erbe anspreche alz erbes recht iz und sal tun alz erbes recht iz. Ouch me: Wolde imant trete vor gehegete banc und spreche: ir richter und ir schepphen, ich bete uch des gedenke; nicheinis gedechtnis wol wy nicht unde des gedechtniss in wol wy nicht habe vor eyne anesprache* [29]).

Nur ausnahmsweise ist eine gerichtliche Protestation zulässig, wenn ohne Schuld dessen, der ein Recht am Grundstück zu haben vermeint, die Anstellung einer Klage gegen den Besitzer unmöglich ist [30]).

---

28) Siehe noch Prager Statutarrecht 135. (Rössler I. S. 93).

29) Parallelstellen aus Süddeutschland sind: Passauer Rechtsbr. v. 1300 § 50. (Gengler S. 352) *Chain öffnung schadt nicht, die man auf ain eigen tüt, man sprech es dann mit dem Recht an.* Rudolfin. Privil. f. München v. 1294 § 18. (Gengler S. 296).

30) Beispiele solcher Protestationen im Hoyer Urkundenbuch Dritte Abtheilung. Nro. 64. v. 1294; bei Lacomblet Bd. III. Nro. 17. von 1302.

Brünner Schöffenb. c. 330. *Jurati ponderaverunt, quod, quando pars adversa potestatem adeundi et pro causa placitandi habet cum adversario, tunc protestatio per urkund facta parum valet; cum autem dicta potestas abest, parti tunc protestatio interposita de placitis, quando facultas fuerit habendis, bene valet, dummodo adveniente opportunitate judicium inchoëtur* [31]).

Eine particuläre Besonderheit ist es, dass die Freiberg. Statuten die rechtliche Wirksamkeit dieser jährlich erneuten Protestationen ganz ausschliessen [32]).

b) Die Erhebung eines gerichtlichen Widerspruchs hindert die Entstehung der rechten Gewere nur demjenigen gegenüber, welcher sein Recht geltend macht, nicht gegenüber dritten Personen. Mit anderen Worten: Wenn der Besitzer sich auf rechte Gewere beruft, so kann der Gegner dieselbe nicht mit der Behauptung anfechten, dass ein Dritter vor Ablauf von Jahr und Tag sie durch Klage-Anstellung unterbrochen habe.

Brünner Schöffenb. c. 327 . . . *Si hereditas a die resignationis anno et die sine impetitione possideatur sive tempore medio pluries impetatur, dummodo qualibet impetitio ad plenum disbrigetur, semper anno et die a resignatione finitis impetitio facta postea non valebit.*

c) Ist einmal gegen den Besitzer Klage erhoben, so scheint dadurch nach dem Landrecht des Sachsenspiegels die Entstehung einer rechten Gewere dem Kläger gegenüber für alle Zeit gehindert zu werden, so lange man die Klage-Anstellung erweisen kann.

---

31) Privileg. für Ratibor von 1315. (Tzschoppe und Stenzel Urk.-B. Nro. 117. S. 495), wo überdies trotz jährlicher Protestation eine Extinctivverjährung von 30 Jahren eingeführt wird.

32) V. 22. Schott S. 177. „*Daz ein man vil tritet in di benke unde macket ansprecke eines guten mannes erbe eines oder zwir von jare zu jare oder wi dicke iz ist, daz ist nicht der stat recht, iz in sal in ouch nicht zu rechte helfen.*

Sachsensp. II. 44. § 1. *Die wile man aver en gut under enem manne beklaget na rechte, svo lange he't halt dar boven mit gewalt, nimmer ne gewint he dar rechte gewere an, die wile man de rechten klage getügen mach* [33]).

Allein das Sächsische Lehnr. 22. § 4. schreibt vor, dass der aus dem Besitze Gesetzte seine Klage *jarlikes vernien* soll, und damit übereinstimmend verlangen viele Rechtsquellen, dass die zum Zweck der Verhinderung einer rechten Gewere angestellte Klage von Jahr zu Jahr erneuert werde [34]).

4) Der Besitz muss die Ausübung eines Rechtes sein; ein Besitz, der nur in Stellvertretung eines Andern oder nur bittweise oder mit widerrechtlicher Gewalt ausgeübt wird, begründet keine rechte Gewere. Dieser Satz ergiebt sich daraus, dass die Partei, welche den unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag für sich hat, ihr Recht auf den Besitz noch besonders erhärten muss, wie unten näher dargelegt werden wird.

Allein die mit seltener Einmüthigkeit vorgetragene Behauptung [35]), dass ein qualifizirter Titel zum Erwerbe der

---

33) Das Mühlhäuser Rechtsbuch S. 17. scheint dieselbe Wirkung für den Fall anzuerkennen, wenn der Besitzer Rechtes weigert („*nicht in woldi rechtir teidingi phlegi von demi guiti*").

34) Richtst. Landr. 27. § 3. a. Anf. Richtst. Lehnr. 29. § 2. Der Frage des Klägers, ob der Gegner eine rechte Gewere gewinnen könne, *sint he dat clagede vor sinem herren etc*, wird hier ausdrücklich die Gegenfrage gegenüber gestellt: *eft he de clage jarlikes icht scole vorniget hebben. Dat vindme.* — Magd Sch.-U. bei Wasserschleben I. S. 293. c. 157 und bei Mühler Rechtshandschr. S 77. Nro. 14a. Prager Rechtsb. 143 vergl. mit Statutarrecht 135. 3. (Rössler S. 93). Brünner Schöffenbuch 329. 330. Urk. v. 1297 bei Gudenus Cod. dipl. III. 727. (Homeyer Ssp. II. 2. S 413). Demnach kann man nicht mit Albrecht Gewere Note 62 i, Stobbe S. 464, Delbrück Zeitschr. f. Deutsch. R. XIV. S. 255 darin eine blosse Cautel für den Fall sehen, dass das Gut seinen Besitzer öfter wechselt. Vgl. auch Homeyer a. a. O. S. 412 fg.

35) Kopp Ausführl. Nachricht v. d. Hessen-Kassel. Gericht. I. S. 43. Unterholzner Verjährung I. § 22. S. 72 ff. Albrecht Gewere S. 104 ff.

rechten Gewere erforderlich sei, d. h. dass Auflassung resp. Investitur der Regel nach [36]) ein nothwendiges Requisit der rechten Gewere sei, ist für das gemeine sächsische Recht unerweisbar.

Sachsensp. II. 44. § 1. definirt die rechte Gewere: *Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet daran ene rechte gewere.*

Ebenso Richtst. Landr. 27. § 2. *Heddestu it aver beseten jar unde dach ane weddersprake, so vrag, oftu dar icht ene rechte were ane hebbest. Dat vintme.*

Stobbe, Gewere S. 468, will ein indirectes Zeugniss für seine Behauptung im Sächs. Lehnr. 13. § 1. finden; allein gerade in dieser Stelle wird *rechte gewere* der *lenes gewere* gegenüber gestellt, und dadurch bewiesen, dass man unter rechter Gewere nur den unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag ohne Rücksicht auf den Titel verstand.

Of die herre sinem manne besact gudes, dat die man an sinen geweren hevet ses weken unde en jar, na deme dat he it untving, ane des herren rechte wedersprake, of die man die rechte gewere daran getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he al ene uppe'n hilgen.

Auch die Bewysinge umme len unde liftucht [37]) sagt: *So horet vort to eyner fulkomen rechten gewere, dat men eyn ghud ses weken und eyn jar fredeliken sunder gewalt odder clagen in nut und in gelde gehat hebbe.*

Planck Zeitschr. f. D. R. X. S. 279. Stobbe Gewere § 36. S. 468. Stein Untersuchungen S. 99 ff. Rückert Sachenrecht S. 195 ff. v. Bar Beweisurtheil S. 206 fg. Walter Deutsche Rechtsgesch. II. S. 187. Beseler Privatrecht (2. Auflage) S. 285. v. Gerber Syst. des Deutschen Privatr. § 101. (9. Aufl.) Baumeister Hamburg. Privatr. I. S. 126. u. v. a. Richtig dagegen Homeyer Ssp. II. 2. S. 408 ff, ohne jedoch gegen die herrschende Ansicht Widerspruch zu erheben.

36) d. h. abgesehen von gerichtlicher Adjudication und Erbschaft.

37) Homeyer Sachsensp. II. 1. S. 364.

In allen diesen Stellen wird eines Besitz-Titels überhaupt nicht als Requisit der rechten Gewere gedacht, geschweige denn der Auflassung oder Investitur.

Damit stimmt es überein, bass nach dem Sächsischen Lehnr. 14. § 1. und 22. § 4. nach der gewaltsam aus dem Besitze des Lehngutes Gesetzte seine Klage jährlich erneuern muss. Eine Bestätigung liefert auch der Satz des Sachsenspiegels II. 3. § 1, dass wer um ein Gut beklagt wird, *dat he in rechten geweren hevet*, erst im nächsten echten Dinge auf die Klage sich einzulassen braucht. Denn theils ist es unwahrscheinlich, dass diese Befugniss von einer Prüfung, ob ein qualifizirter Rechtstitel vorhanden war, abhängig gewesen sei, theils ergeben andere Stellen, dass unter rechter Gewere hier nur der Besitz von Jahr und Tag zu verstehen ist [38]).

Diesen Mangel eines ausdrücklichen Zeugnisses des Sachsenspiegels hat man durch einen indirecten Beweis zu ersetzen gesucht [39]), indem man einige Stellen combinirte, die von der Pflicht zur Gewährsleistung handeln.

Sächsensp. I. 9. § 5. bestimmt, dass wenn Jemand einem Andern ein Grundstück verkauft und ohne Auflassung übergiebt, *he sal ine in der gewere vorstan, de wile he't ime nicht up gelaten ne hevet, svenne he siner werscap bedarf.* Ssp. III. 83. § 2. beschränkt dagegen die Gewährspflicht auf Jahr und Tag, wenn der Verkäufer das Gut *liet oder let* (auflässt), und II. 42. § 2. erklärt, dass wer eine rechte Gewere von Jahr und Tag ohne rechte Widersprache hat, das Gut nicht verliert, *of ime sin gewere afweke dut to rechter werscap, deste he't selve vorsta na sinem rechte.*

Daraus schliesst man, dass im Falle der Auflassung die Gewährspflicht nur Jahr und Tag dauere, weil später die rechte

38) Richtst. Landr. 23. § 3. Sachsensp. III. 38. § 1.

39) Haubold de orig. atque fatis usucap. p. 48. 49. Stein a. a. O. 99. Stobbe S. 443.

Gewere die Gewährspflicht überflüssig mache, dagegen im Falle mangelnder Auflassung die Gewährspflicht deshalb fortdauere, weil eine rechte Gewere für den Erwerber nicht entstehen könne.

Abgesehen davon nun, dass diese sämmtlichen Stellen spätere Zusätze zum Sachsenspiegel sind, so beweisen sie auch gar nicht, was man mit ihrer Hülfe deduciren will. Die Hauptstelle Sachsensp. I. 9. § 5, lässt zunächst offenbar noch eine ganz andere, sehr nahe liegende Deutung zu, wonach sie durchaus Nichts darüber sagt, wie lange die Gewährspflicht dauere. Es ist nämlich aus Tausenden von Urkunden und Stadtbuchs-Inscriptionen bekannt, dass bei der gerichtlichen Auflassung der Veräusserer die Gewährsleistung für Jahr und Tag feierlich gelobte; die in Rede stehende Stelle des Sachsensp. erklärt nun, dass auch schon vor der gerichtlichen Auflassung, also ohne das ausdrückliche Versprechen der Gewährsleistung, der Veräusserer die Verpflichtung dazu habe. Aber auch wenn man die Stelle so interpretirt, wie es gewöhnlich geschieht, dass nämlich die Gewährspflicht beim Mangel der Auflassung an keine Zeitgrenze gebunden ist, so beruht dennoch der aus dieser Stelle gezogene Schluss auf der unrichtigen und willkührlichen Unterstellung, dass die Verpflichtung zur Gewährsleistung auf Seiten des Veräusserers und die Entstehung der rechten Gewere auf Seiten des Käufers einander ausschliessen.

Gerade die eben citirte Stelle II. 42. § 2. beweist ja, dass derjenige, welcher kraft seiner rechten Gewere sein Recht selbst zu vertreten im Stande ist, dies nur zu thun braucht, *of ime sin gewere afweke dut to rechter werscap*. Er kann also zunächst sein Recht durch seinen Gewährsmann darthun wollen, wenn dieser jedoch ihm die Gewähr versagt, so verliert er nicht sein Gut, sondern er kann sein Recht selbst erhärten.[40]).

---

40) Vgl. auch Richtst. Lehnr. 29. § 7.

Also auch **nach Erlangung** der rechten Gewere kann eine Gewährschaft vorkommen.

Wenn nun Ssp. I. 9. § 5. dem Veräusserer, so lange er das Gut nicht öffentlich aufgelassen hat, die Verpflichtung auferlegt, den Käufer fortdauernd zu vertreten, *svenne he siner werscap bedarf*, so hat dies seinen guten Grund darin, dass bei einem Verkauf ohne öffentliche gerichtliche Auflassung die Möglichkeit in weit höherem Masse vorhanden war, dass ein Realprätendent der Behauptung der rechten Gewere den Einwand der unverschuldeten Unkenntniss von der Veräusserung entgegenstellen konnte, und dass ihm gegenüber demnach der Besitzer auf die Vertretung seines Gewährsmanns angewiesen war. Dies schliesst aber nicht aus, dass eine rechte Gewere allen denjenigen gegenüber entstand, die von der Veräusserung in der That Kenntniss erhalten und Jahr und Tag den Erwerber in unangefochtenem Besitz gelassen hatten[41]).

Wenn wir demnach diesen indirecten Beweis für verfehlt erachten müssen, so erhalten wir zunächst das Resultat, dass der Sachsenspiegel und die mit ihm unmittelbar zusammenhängenden Quellen die Auflassung nicht als ein Erforderniss der rechten Gewere aufführen. Dass dies aber nicht auf einem Zufall, einer mangelhaften Ausdrucksweise, beruht, wird durch eine grosse Anzahl anderer vom Sachsenspiegel unabhängiger Quellen bestätigt, deren Anführung unerlässlich

41) Uebrigens haben einige Handschriften bei III. 83. § 2. statt des oben abgedruckten Satzes Bestimmungen, welche es bestätigen, dass zur Erlangung der rechten Gewere Auflassung nicht erforderlich ist; nämlich: „*Svat he aver coft, dat scal he besitten jar und dach, of he ene were daran hebben wil*"; oder: *Wer aber ein gut verkaufet* (lies *kaufet*) **odir** *manz im uflezet odir ufgelazen wirt von eim andern, er sol iz in geweren habin jar und tag, ab er doran eine rechte were habin wil.* Aehnlich die Rechtsregel 18. in der Blume des Sachsensp. bei Homeyer Richtsteig Landr. S. 381.

ist, weil die entgegengesetzte Meinung unbezweifelt herrscht und als unumstösslich gilt.

In dem Urth. des Grafen von Hoya v. 1385. bei Sudendorf Urkundenb. Bd. VI. nro. 118. (S. 136. Z. 28 ff.) werden die Voraussetzungen der rechten Gewere in folgender Weise aufgezählt:

Hebbet de van Mandelslo Rickelinghen yar unde dach ane rechte bysprake in gheweren hat witlike unde openbare, unde des nicht gherovet noch ghestolen noch myd anderer arghenlist inghekreghen, so hebbet ze darinne eyne rechte were.

Die Salfelder Statuten bestimmen im Art. 31. (Walch Beytr. I. S. 22.) *Wer ein erbe hat in der stad, iz si ein hof adir ander erbe, wer daz hat jar und tag unde unvorsprochen von den di by yme sint in dem lande, der mag iz were eynem iclichen man.* Vgl. ebendas. Art. 148. (Walch S. 49.).

Statuten von Salzwedel § 1. (Förstemann Neue Mittheilungen Bd. IV. Heft 1. S. 77.) *Wy eyn erve kofft to Soltwedel und Jar unde dach redeliken darinne blifft unde de erfftnamen des erves in den lande sint, de besittent billiker, wen en ander cleger*[42]*).*

Freiberger Statuten V. 35. (Schott. III. 180.) . . . *Dirre der daz erbe hat darf ouch nicht me tun wanne daz he dar trit mit sin einis hant und swere, also he tar: „daz he dazselbe erbe habe gehabit in siner gewalt und in rechtir gewer jar und tac ane ansprache, daz ime got so helfe u. a. heil.“*

Rechtsbrief für Neuland bei Haarburg v. 1296. (Pufendorf Obs. II. App. p. 10.). *In hac etiam terra heredi-*

---

42) Vergl. den lateinischen Text bei Pufendorf Observ. III. App. p. 398.

tatem qui per annum integrum possederit, ab extraneo nullo jure privabitur, si metseptimus per annum se probaverit possedisse.

Alte Lüneburger Statuten Art. 128. (Dreyer Nebenstunden S. 405. 406.). *Ok stedige wy, wer binnen Wikbilde Erfguth köft und dath besitte jhar und dach, he isz dath neger tho beholdenn, denn ehme dath jemandt af tho winnende.*

Damit stimmen die Westphälischen Stadtrechte überein.

Münsterisches Weisthum für Bielefeld v. 1221[43]) resp. 1326. § 45: *Quicunque suum Wicbilde possidet annum quiete, si voluerit probare possessionem simplici juramento, admittetur: nisi testibus infringatur*[44]).

Privileg. v. Uelzen (in Hannover) v. 1270. § 8. (Pufendorf I. App. p. 240. Gengler Stadtr. S. 498.) *Didicimus etiam, ut quicumque infra Wikbelde hereditaria bona comparaverit, et per annum et diem quiete possederit, vicinior erit cum justitia optinere, quam aliquis ab ipso exquirere ea possit*[45]).

Den gleichen Grundsatz enthält das Stadtrecht von Brilon Art. 2. 5. 7. (Seibertz Urk.-B. I. S. 526. 527.) und der Rechtsbr. für Driburg v. 1354. (Wigand Archiv Bd. II. Heft 4. S. 363.).[46]). Vergl. auch Schöplenberger Hofrecht bei Grimm. Weisth. III. S. 38. Abs. 4.

---

43) Vgl. Wilmans Westfäl. Urk.-B. III. 1. S. 90.

44) d. h. wenn nicht der ruhige Besitz von Jahr und Tag durch Zeugen widerlegt wird.

45) Dieser Art. kehrt merkwürdiger Weise fast wörtlich wieder im Stadtrecht von Znaim in Mähren v. 1314 bei Rössler Rechtsdenkmäler II. S. 410. Nur die Beträge von Busse und Gewedde, welche die unterliegende Partei zu zahlen hat, sind geändert.

46) Der Rechtsbrief für Hannover v. 1241 § 7. (Urk.-B. der Stadt Hannover S. 11. — Gengler Stadtrecht S. 186) „domus vel quaecumque possessiones si ab aliquo manifeste et quiete possidentur per annum, ab

Wer ein Grundstück, an welchem ein Anderer rechte Gewere hat, eigenmächtig in Besitz nimmt, verübt einen Friedensbruch, der peinlich bestraft wird. Ueber die Voraussetzungen dieses Verbrechens sagt das Medebacher Stadtrodel § 32. (Seibertz Urk.-B. Bd. II. S. 384.):

Item qui rem aliquam ab alio possessam per annum et tempus et diem, sine incusatione debita per judicem, usurpavit, is poterit capitali sententia condemnari; nisi absens causa peregrinationis vel alterius negotii legitimi possessionem illam infra terminum illum defendere vel rumpere non valeret.

Aehnlich das Stadtrecht von Duderstadt § 9. (Gengler Stadtr. S. 92. 93.)

Ueberall ist von einer gerichtlichen Auflassung als Erforderniss der rechten Gewere nicht die Rede.

Das Gleiche muss auch für das Recht von Soest behauptet werden. Zwar bestimmt das alte Stadtrecht Art. 34.:

Quicumque de manu sculteti vel ab eo qui auctoritatem habet, domum vel aream vel agros vel mansum vel mansi partem receperit et per annum et diem legitimum quiete possederit, si quis in eum agere voluerit, possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit et sic de cetero sui warandus erit nec amplius supra predictis gravari poterit.

---

eo amplius alienari non poterunt neque debent" muss auch diesen Belägen zugezählt werden; denn alienari ist wol hier nicht mit „veräussert werden", sondern mit „entfremdet werden" zu übersetzen. Bei jener ersten Interpretation könnte man an das Verbot denken, Grundstücke, die man Jahr und Tag besessen, ohne Erbenconsens zu veräussern, wovon sich vereinzelte Spuren finden. Vgl. Lewis Success. S. 54. Note 2. Allein alsdann hätte man in dem Rechtsbrief grade die Hauptsache weggelassen, die man mit den kurzen Worten sine heredum consensu hätte ausdrücken können, während die Hervorhebung, dass der Besitz manifeste et quiete gewesen sei, darauf hinweisst, dass hier nicht von einem Veräusserungs-Verbot, sondern von dem Schutz des jährigen Besitzes die Rede ist.

Hier wird also bestätigt, dass, wer auf Grund öffentlicher Auflassung ein Grundstück Jahr und Tag in ruhigem Besitze hat, eine rechte Gewere daran gewinnt; allein dadurch ist noch nicht ohne Weiteres der Schluss gerechtfertigt, dass die gerichtliche Verreichung ein wesentliches Requisit der rechten Gewere sei. Es wird nicht gesagt, dass ohne gerichtliche Auflassung der ruhige Besitz von Jahr und Tag jene Rechtswirkungen nicht hervorbringe; es lässt sich vielmehr grade für Soest das Gegentheil mit Bestimmtheit darthun.

Der unmittelbar vorhergehende Artikel 33. der Soester Schrae schreibt vor, dass alle Veräusserungen von Grundstücken durch die Hand des Schultheissen gehen sollen, der dafür den doppelten Betrag des auf den Weichbilds-Grundstücken lastenden Jahreszinses erhält. Wenn nun aber der Schultheiss einen Besitzer beschuldigt, dass er sein Grundstück *ab auctoritate debita non receperit,* und der Besitzer die Beobachtung der gesetzl. Form nicht erweisen kann, welche Folge hat dies? Wird ihm sein Besitzrecht etwa abgesprochen oder dasselbe für unwirksam erklärt? Man sollte dies erwarten, wenn die gerichtliche Verreichung wesentlich für den Eigenthums-Erwerb war[47]). Das Soester Recht aber sagt ausdrücklich, dass der Besitzer in diesem Falle *duplum dabit pensionis et quiete possidebit, dummodo pensionem annuam porrigat*[48]).

In einem in Siegen geführten Prozesse behaupten die Kläger, die sich auf ihr Erbrecht stützen, ausdrücklich, dass mit dem Grundstücke *nyt umbgegangen ist ass der stat Sie-*

47) Wie dies z. B. nach den Statuten von Rheda in Wigands Archiv. Bd. VI. S. 260. in der That geschieht.

48) In demselben Sinne wird die gerichtl. Auflassung bei Entstehung der rechten Gewere erwähnt in den Statuten von Büren (Wigands Archiv Bd. III. Heft 3. S. 32). Item emens domum dabit domino nostro XII. denarios ut judex conferat domum ad jus quod vocatur wicbilde et emptor post annum et diem melius potest optinere quam aliquis eum gravare. — Stadtrecht von Rüden Art. 39. (Seibertz Urk.-B. II. S. 78).

gen recht und gewonheit ist, und verlangen von den Verklagten eine Darlegung ihres Besitztitels. Die letzteren dagegen wenden ein:

„*Sye haiben dair eyn erbe und gut, daz haben sy besessen Jair und jaire* (lies *dage*) *sunder alle richtliche anspraiche und hoffen und getruwen dem rechten, sy wullen daz auch furter besitzen, biss also lange daz sy ymandes myt rechte uissdribe*"

und die um ein Urtheil gebetenen Schöffen von Soest entscheiden zu ihren Gunsten[49]).

Auf das Bestimmteste lässt sich unsere Ansicht darlegen für Bremen. Das Privileg Kaiser Friedrichs I. von 1186. Art. 3. (Gengler. Cod. jur. munic. I. S. 318) bestimmt:

Si quis aliquam hereditatem acquisierit in civitate Bremensi sub wicbilithe et eam per annum et diem nullo impetente possederit, ipse propior et magis idoneus habeatur ad probationem obtinendae hereditatis, quam actor ad auferendum[50]).

Demgemäss verlangen zahlreiche Bremische Urtheile zur Substanzirung der Behauptung der rechten Gewere nur die Angabe Seitens des Verklagten:

„*dat erve . . si sin echtelike eghen unde he hebbe dat beseten jar unde dach unde hebbet an nud und in ghelde unde in hebbender were ane rechte bisprake*"[51]).

---

49) Das Erkenntniss ist gedruckt in Wigands Archiv Band VII. Heft 1. S. 63.

50) Diese Bestimmung ist wörtlich aufgenommen in das Privileg. für Stade v. 1209 § 11. (Gengler Stadtr. S. 457). Vergl. Donandt Geschichte des Bremischen Stadtrechts Bd. II. S. 12. Note 18.

51) Vgl. Oelrichs S. 70. Nro. 6. v. 1306; S. 193. Nro. 69 v. 1335; S. 240. Nro. 182 v. 1343; Statuten v. 1428. II. c. 28. S. 355; v. 1433 Ord. 5. Wörtlich übereinstimmend sind die Statuten von Verden Art. 102. (Pufend. Obs. I. App. p. 110).

Ja diese Behauptung verhilft selbst dann zum Siege, wenn sich die Gegenpartei auf Handfesten beruft[52]).

Vielleicht gilt auch für das ältere Lübische Recht dasselbe. In dem Cod. I. Art. 20. (Hach) wird dem Verklagten, der ein Grundstück in Abwesenheit des wahren Eigenthümers gekauft und Jahr und Tag nach Rückkehr des letzteren unverklagt besessen hat, der Beweis nur darüber auferlegt: „*quod emit*"; und Art. 78. lässt den Gewährschaftsbürgen haften *donec anno et die res immobilis sine lite permaneat; finito anno et die emptor sola manu, si necesse habuerit, obtinebit*[53]). Der Nothwendigkeit eines gerichtlichen oder öffentlichen Actes wird nicht gedacht[54]).

Auch ausserhalb Sachsens finden sich durch ganz Deutschland dieselben oder ähnliche Wirkungen des unangefochtenen Besitzes von Jahr und Tag, wie sie in Sachsen mit der rechten Gewere verbunden waren, ohne dass ein gerichtlicher Act beim Besitzerwerbe als Voraussetzung dieser Wirkungen verlangt wird[55]).

---

52) Urth. v. 1404 bei Oelrichs S. 162.

53) Vgl. Cod. II. Art. 34.

54) Der Lübische Oberhof erkennt wiederholt noch im XV. Jahrhundert: *kan N. N. bewisen alse recht is, dat he den garden jar unde dach rousameliken beseten hefft, des mach he geneten.* — Michelsen. Nro. 80. 86.

55) Vgl. für Hessen: Kleines Kaiserrecht. II. 109 und dazu v. Gosen (das Privatr. nach dem kl. Kaisserr. Heidelb. 1866) S. 46 ff. S. 58 ff. Urth. bei Senckenberg Selecta jur. et. hist. Tom. III. p. 534 sqq.

Für die Schweiz: Berner Handf. v. 1218 Art. 22. (Gaupp II. S. 49). Freiburg i. Uechtl. § 54. (ebend. S. 93) Burgdorfer Handf. § 75. (ebend. S. 127). Murtener Stadtrodel § 21 (ebend S. 156).

Für das Schwäbisch-Baierische Recht ausser Schwabenspiegel 209 (Lassberg): Das älteste Stadtr. von Augsburg Art. IV. § 1. (Gaupp II. S. 204) und Augsburger Statuten v. 1276 bei v. Freyberg Samml. Deutsch. R.-Alterth. Bd. I. S. 113. Rechtsbr. für Passau v. 1225 § 3 und von 1300 § 49. (Gengler Stadtr. S. 344. 352). Stadtr. v. Innsbruck v. 1289 § 15 (Gaupp II. S 255). Privileg. für München v. 1294 § 16 (Gengler S. 295) und Münchener Stadtr.

Man kann den gemeinrechtlich gültigen Satz so fassen, wie ihn Friedrich I. im Privilegium für Speyer von 1182. § 11. formulirte:

Si quis curtem aut domum per annum et diem sine contradictione possederit, nulli hoc interim scienti ultra respondeat.

Dem entspricht es, dass auch das Reichshofgericht zur Entstehung einer rechten Gewere keinen formell qualifizirten Besitzerwerb verlangte[56]).

Alle diese zahlreichen Stellen stimmen mit dem Sachsenspiegel darin überein, dass sie die gerichtliche Auflassung als Requisit der rechten Gewere nicht erwähnen und schliessen schon durch ihre grosse Zahl die Annahme dieses Erfordernisses als eines gemeinrechtlichen aus. Wir sind dazu aber um so mehr genöthigt, als in keiner der erwähnten sächsischen und aussersächsischen Rechtsquellen für den Beweis der rechten Gewere Gerichtszeugniss erfordert wird. Wäre aber ein gerichtlicher Act wesentliche Voraussetzung für die rechte Gewere gewesen, so wäre es nach dem Beweissystem des mittelalterl. Rechts eine kaum erklärliche Anomalie, wenn grade bei den wichtigen Prozessen um Grundstücke, wenn es sich darum handelt, die vielleicht wohl begründeten Rechte des Klägers als präcludirt zurückzuweisen, der Besitzer von der Beweisführung durch Gerichtszeugniss wäre dispensirt gewesen.

Das eben dargestellte gemeine Recht wich aber in den Städten allmählig einer anderen Auffassung. Jeder Erwerb

---

v. 1347 Art. 33 (Auer S. 16). Rechtsbrief für Buchhorn v. 1299 § 5 (Gengler S. 142); für Sanct-Veit v. 1308 § 6 (Gengler S. 411). Stadtr. von Deggendorf v. 1316 § 38 (Gengler Cod. jur. municip. I. p. 730). Baier. Landrechtsb. v. 1346 Art. 188. 200. 201. Vgl. Merkel Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 162 ff.

56) Reichssentenz von 1299 in den Monum. Germ. Legg. II. 472 (Homeyer Ssp. II. 2. S. 499) und das reichshofger. Urth. von 1316 in den Monum. Boic. IX. Nro. 52. S. 142. (Franklin Reichshofgericht I. S. 191).

an Immobilien wurde ausgeschlossen, der nicht vor Gericht resp. vor dem Rathe erfolgte. Der Verkehr mit Grundstücken wurde einer rechtspolizeilichen Aufsicht unterworfen, theils im Interesse der Sicherheit des Grundeigenthums und des Realcredits, theils im Interesse der Commune, damit nicht Grundstücke an Fremde, Geistliche, Ritter oder Juden kämen, damit der Stadt von jedem Grundstücke auch ihr Recht werde. Ein Stadtbuch wurde angelegt, in welches alle Eigenthumsübergänge eingetragen wurden und gegen welches allmählig der Gegenbeweis erschwert oder ganz ausgeschlossen wurde[57]). War der Erwerb von Besitzrechten an Grundstücken ohne gerichtliche Verlassung überhaupt rechtlich unmöglich, so war eine natürliche Consequenz davon die, dass auch eine rechte Gewere ohne Auflassung nicht entstehen konnte.

Am frühesten, bestimmtesten und klarsten sprechen dies die Magdeburger Rechtsquellen aus[58]).

In dem Magdeburger Weisthum für Breslau von 1261. § 16. heisst es:

Was zo ein man gebit in gehegtim dinge, besiczit her do mete yor unde tag an ymandis wedirsproche, di recht ist, des ist her nehir czu behaldin mit deme richter und mit den scheppfin, denne is ym ymant untvüren möge.

Dieser Rechtssatz ist dann in zahlreichen andern Quellen des Magdeb. Rechts mit geringen Modificationen wiederholt worden[59]).

57) Hamburger Stadtrecht v. 1270. VII. 2. Baumeister Hamb. Privatr. I. S. 125 ff. Pauli Abhandl. I. S. 100 ff. 170 ff. Frensdorff Stadt- u. Gerichtsverfass. v. Lübeck S. 185.

58) Der Umstand, dass man die Magdeburgischen Rechtsaufzeichnungen als Zeugnisse des gemeinen sächsischen Rechts aufgefasst hat, trägt wol die Schuld an der allgemeinen Herrschaft der Ansicht, dass zum Erwerbe der rechten Gewere nach dem sächs. Rechte überhaupt Auflassung erforderlich gewesen sei.

59) Magd.-Görl. Recht v. 1304. Art. 15. Weichbildr. (Mühler) Art. 22. System. Schöffenr. IV. 1. c. 1. Kulm IV. c. 1.

Hier fehlt es auch keineswegs an der, oben bei Besprechung des Soester Rechts vermissten, quellenmässigen Bestätigung dafür, dass ohne Auflassung keine rechte Gewere entsteht.

Glogauer Rechtsb. c. 7. *Wer eyn recht gewer erbis unde gutis habin wil, der sal daz uffnemen in rechter dingstad ader an der stad, do is czu rechte geet czu lehne; wer daz nicht en thut, nimmer gewinnit her daran eyn recht gewer.*

In der Praxis hat der Magdeburger Schöffenstuhl dieses Prinzip ausnahmslos zur Geltung gebracht. Es wird nicht nur fast in allen Schöffen-Urtheilen, in denen die Wirkungen der rechten Gewere anerkannt werden, die gerichtliche Verreichung, die Vergabung *do wo es craft und macht hat* ausdrücklich hervorgehoben, sondern es wird auch bei dem Mangel dieses Erfordernisses die Präclusion entgegenstehender Ansprüche wiederholt abgelehnt [60]). Selbst an ererbten Grundstücken entsteht nach Magdeb. Recht für den Besitzer keine rechte Gewere und mithin keine Präclusion entgegenstehender Ansprüche: „*dy wile daz eygen mit giften nicht gewandilt is vor gerichte, dy jar und tag ane rechte wedirsproche bestan syn* [61])", abgesehen von der Verschweigung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen. Findet dagegen eine gerichtliche Vergabung oder eine gerichtliche Erbes-Auseinandersetzung oder eine gerichtliche Erbeslegitimation und Geweldigung eines Erbgrundstücks statt, so treten nach Jahr und Tag die Wirkungen der rechten Gewere ein [62]).

---

60) Man vergleiche die bei Wasserschleben I. S. 92. 219. 227 bis 231. 256. 429 abgedruckten Erkenntnisse.

61) Kulm IV. 109. Vgl. Systemat. Schöffenrecht III. 2 c. 7. 8. (Kulm III, 44. 45). Böhme VI. S. 92. Magd. Frag. I. 2. d 25; I. 6. d. 4; I. 7. d. 23. Glogauer Rechtsb. c. 13. Rechtspr. bei Wasserschleben I. S. 218. c. 68; S. 429 c. 85; bei Stobbe Beitr. S. 109 ff. Nro. 40.

62) Magd. Sch.-U. bei Neumann Weisth. S. 10. Nro. 4. S. 26 fg. Nro. 14. Böhme VI. S. 91. Magd. Fr. I. 7. d. 2. 4. 5. 21. Syst.

In consequenter Durchführung seines Prinzips wich auch hinsichtlich des Beweisrechts das Magdeburgische Recht von dem gemeinen Rechte ab, indem es den Beweis der rechten Gewere *mit deme richter und mit den scheppfin* verlangte [63]:

Eine directe Bestätigung dafür, dass das Magdeb. Stadtrecht von dem gemeinen Landrecht abwich, und dass demnach die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung nur als eine particuläre Eigenthümlichkeit des allerdings sehr weit verbreiteten Magdeb. Rechts aufzufassen ist, liefert die Rechtsaufzeichnung von Burg (Neue Mittheil. aus dem Gebiet hist.-antiq. Forsch. Bd. XI.). In Burg galt Magdeburgisches Recht und demgemäss heisst es a. a. O. S. 167:

Wert dat eyneme manne gud gegeven worde vor den schepen und vor den richter unde eyn frede darover gewarcht worde, unde dat jar unde dach beseten hedde, dat is hy neher tu beholden, wan on enich man tu untfernende si.

Unmittelbar anschliessend daran wird aber dieselbe Wirkung für bäuerliche Güter anerkant, ohne dass das Requisit der Auflassung und des Friedewirkens erwähnt wird:

Were dat bur land odder eyn wisch hedden, dy bur, dy dat in orer were hetten jar unde dach ane rechte ansprake, des sint sy neher tu behalden mit örme rechte, wen on dat enich man tu untfernende is.

Schöffenr. IV. 2. c. 43. 44. 45. Ein Widerspruch dieser zuletzt angeführten Stellen mit Kulm IV. c. 109, den Stobbe Gewere S. 472 findet, ist demnach nicht vorhanden. Die Bemerkungen v. Bar's Beweisurth. S. 216. Note 397a. beruhen auf einer unrichtigen Verallgemeinerung des Magdeb. Particularrechts.

63) Magd.-Bresl. R. v. 1261 § 16 und die oben citirten Parallelstellen.

Mit dem Magdeburger Rechte stimmen überein das Brünner Recht[64]) und das Recht von Prag[65]).

Nächst dem Magdeb. Recht ist zu erwähnen das Stadtrecht von Goslar, welches ebenfalls zur Entstehung rechter Gewere die gerichtliche Auflassung und das Friedewirken erforderte, indess hinsichtlich des Beweises sich mit dem Eide des Besitzers begnügte.

Gosl. Stat. S. 26. Z. 5. *Wenne men enes eghenen vrede warcht alse recht is, heft he dat dar na jar unde dach in sinen weren ane rechte wedersprake, dat ne mach ime neman anspreken, de binnen dem jare hevet binnen landes ghewesen*[66]).

Mit dem Recht von Goslar stimmen überein die Stadtr. von Braunschweig[67]), Hildesheim[68]), Celle[69]).

Dieses in den Städten verbreitete Partikularrecht bestand zunächst in einer wesentlichen Erschwerung des Erwerbes der rechten Gewere, führte nach und nach aber eine gänzliche Umgestaltung des Characters dieses Rechtsinstitutes herbei und bewirkte zuletzt den Untergang desselben. Nach dem gemei-

64) Schöffenbuch c. 322. 325. 327.

65) Rechtsbuch c. 39. 142.

66) Vergl. S. 25. Z. 28 ff. S. 112. Z. 32 ff. Die Goslarschen Erkenntnisse bei v. Kamptz Provinzialr. I. S. 376. Nro. 38; bei Bruns Beytr. S. 181. Nro. 4 und bei Hänel Decisiones Goslar. p. 16. — Die im Text mitgetheilte Stelle ist in das Rechtsb. nach Distinct. I. 43. d. 3. 5. übergegangen, dagegen Distinct. I. 34. d. 3. und Eisenacher Rechtsb. I. 71. wiederholen Sachsensp. II. 44. § 1.

67) Jura Indaginis Art. 10. Item quicumque domum aut aream aut quamlibet aliam rem in civitate emerit et annum et diem pacifice possederit et pax ei secundum jus civitatis facta fuerit, nullus eum de cetero super eadem re poterit inquietare. Vgl. Ottonisches Stadtr. Art. 41.

68) Latein. Statuten Art. 46. Deutsche Recens. Art. 43. (Pufendorff Obs. IV. App. p. 286. 291).

69) Darauf bezieht sich wol der durch seine Kürze schwer verständliche Art. 10. der Statuten v. Celle: *Vredhe unde ban behalt en man mit sines enes hant.*

nen Sachsenrecht ist die Thatsache des ungestörten Besitzes die eigentliche Grundlage der rechten Gewere; rechte Gewere ist Nichts Anderes als eine gewöhnliche Gewere, die ihre Rechtmässigkeit durch eine gewisse Zeitdauer verbürgte. Nach dem Magdeb. Rechte dagegen ist die Publicität des Rechtsgeschäfts, durch welches der Erwerb des Besitzes erfolgte, nicht minder wesentlich. Nach dem gemeinen Landrecht ist es der Besitz an und für sich, welcher nach Jahr und Tag mit einer wirksamen Garantie versehen wurde; nach dem Magdeb. Recht ist es eigentlich das Rechtsgeschäft, auf welchem der Besitz beruhte, das nach Jahr und Tag gegen Anfechtungen Schutz fand.

Diese verschiedene Auffassung war nicht ohne practische Wirkungen. Die zunächstliegende war die, dass man den Zeitraum von Jahr und Tag nicht von der factischen Besitzergreifung, sondern von dem Tage der Auflassung an berechnete [70]). Sodann aber wurde gleich bei der Auflassung die nach Jahr und Tag eintretende Präclusion aller Anfechtungen gerichtlich verkündet. Das oben erwähnte Aufgebot an die bei der Auflassung Anwesenden, ihren Widerspruch zu erklären oder fortan zu schweigen, wurde ausgedehnt auch auf Abwesende:

> Rechtsb. nach Distinct. I. 46. d. 4. Der Richter erklärt: *Wer hyrczu kegenwertigk ist unde nu swiget, der sal ouch ummer swige; wer ouch hy nicht en ist unde hir in zcu sprechen had, deme bescheyde ich vor daz recht by siner rechten jarczal; wer dorobir swiget, der sal ummer swigen.*—Purgoldt's Rechtsb. II. c. 73.

---

70) Brünner Schöffenb. c. 327. 330. Rechtsb. n. Distinct. I. 31. d. 1. a. E. Purgoldt II. 73. a. E. Statuten v. Verden Art 17. (Pufend. Obs. I. App. p. 83). Hadeler Ger.-Ord. II. c. 11. (eodem p. 19). Lüneburger Reformat. Th. II. Tit. 4. (eod. IV. p. 661).

Lüneburger Niedergerichts-Ordn. (Pufend. III. App. p. 364). Der älteste Gerichtsherr verkündet: . . . *so wirke ich demselben hausse einen frieden zum ersten, zum andern und zum dritten maell. Hat jemand etwas darinne zu sagen, der thue es in jahr und tag mit urtaill und recht.*

Mit der Auflassung war demnach eine Edictal-Citation an die Realprätendenten verbunden und demgemäss für die Präclusion ihrer Ansprüche noch eine andere Basis gewonnen, als der unangefochtene Besitz von Jahr und Tag des neuen Erwerbers. Sie wurden zur Erhebung ihrer Klage nicht nur stillschweigend durch die Thatsache, dass ein Anderer das Grundstück in Besitz hat, sondern durch ausdrücklichen Befehl des competenten Gerichts aufgefordert. Seit dem XV. Jahrhundert wird es üblich, das Aufgebot als eine gerichtliche Vorladung mit peremtorischer Frist aufzufassen, so dass gegen diejenigen, welche sich bis zum Ablauf dieser Frist mit ihren Ansprüchen nicht meldeten, die Contumazialfolgen eintraten, falls sie nicht wegen Abwesenheit oder einer andern *justa caussa* Restitution verlangen konnten.

Breslauer Urtheil von 1436. im Cod. dipl. Silesiae. T. IV. p. 54. nro. 97.

Magdeb. Urth. von 1444. bei Neumann Magd. Weisth. Nro. 10. S. 19. . . . *Nu frogit her furder, so als das gut ufgeruffi ist in desir erbern stat Gorlitz, do sich nymandis dorczu gehaldin hat zu rechtir czyt, das ist nu komenn sotten geschrey mit des erbherrn rate in das statbuch czu Gorlitz und ouch vor schepphin und gerichte. Wenn is denn in der wilkor der stat G. gescheen ist und sie sogetan geschreye und usruffen nicht gefulget hat also recht ist, ab sie nu icht moglichen das Statbuch zu Gorl. leiden sulle.*

Bei dieser Auffassung trat das Erforderniss, dass der neue Erwerber das Gut *in nut und in ghelde, in hebbender, gebruklìker gewere* gehabt habe, zurück. Was ursprünglich das

eigentliche Fundament des Rechtsinstituts gewesen war, das wird später kaum mehr berücksichtigt. Vorbereitet war diese Entwicklung schon in der classischen Zeit des Magdeb. Rechts dadurch, dass man nach Jahr und Tag die Präclusion von Anfechtungen gerichtlich abgeschlossener Rechtsgeschäfte auch in solchen Fällen eintreten liess, in denen ein Besitzübergang zunächst gar nicht stattfand; insbesondere bei Vergabungen von Todeswegen[71]), bei Bestellung eines Leibgedings[72]), bei Constituirung einer sogen. neueren Satzung[73]) oder eines Erbzinses[74]). Aber erst nach der Reception der fremden Rechte vielleicht unter dem Einfluss der italienischen Doctrin[75]), wurde das Schwergewicht vollständig auf die Edictal-Citation gelegt und die rechte Gewere ersetzt durch die Präclusion aller Realprätendenten, die ihre Ansprüche nicht binnen Jahr und Tag oder einer andern vom Gericht gesetzten Frist geltend gemach haben.

II. Die Wirkungen der rechten Gewere.

Abgesehen von der prozessualischen Begünstigung des Besitzes von Jahr und Tag, dass der Beklagte erst im nächsten echten Dinge sich auf die Klage einzulassen braucht[76]), lassen sich die Wirkungen der rechten Gewere auf zwei Rechtssätze zurückführen.

---

71) Magd-Stendal. Urth. 3, 7. 20, 2.

72) Magd Fragen I. 12. d 3. Weichbild Mühler) 23. M.-Sch-U. bei Wasserschl. S. 268. c. 131; S. 304. c. 163; bei Neumann Nro. 13. S. 26.

73) Goslar'sches Urth. bei Hänel Decis. p. 18. Lüb. Urth. bei Michelsen Nro. 233. Vgl. v. Meibom Pfandr. S. 431.

74) Systemat. Schöffenr. IV. 1. c. 40; 2. c. 69. Glogauer Rechtsb. c. 69.

75) Vgl. Wetzell System des ordentl. Civilprozesses. § 13. S. 185 ff.

76) Walter D. Rechtsgeschichte Bd. II. S. 186. § 533. Stobbe Gewere S. 473. Stein Untersuch S. 92. Note 140. Vgl. oben S. 305.

1) Die entgegenstehenden Besitzrechte werden präcludirt. Sachsensp. I. 34. § 2. erklärt, dass weder der frühere Eigenthümer, der sein Grundstück einem Andern aufgelassen und Jahr und Tag in lediglicher Gewere gelassen hat, ehe er es zu Lehn zurückempfing, noch sein Erbe *nen egen daran bereden mach.* Die Goslar. Statut. S. 25. Z. 20. sagen, wer nicht binnen Jahr und Tag Widerspruch erhebt, *seder ne mach he dat nicht wederspreken*[77]. Dem Mühlhäuser Rechtsbuch[78]) zu Folge hat derjenige, welcher binnen Jahr und Tag nicht Ansprache erhebt, seine *vordirungi virlorn.* Nach der Ausdrucksweise der Dresdener Schöffen „*mag her keine ansproche die ym helffende sey meir gehaben*"[79]). Die Magdeburger Schöffen erklären vielfach, dass man binnen Jahr und Tag nach der Auflassung sich verschweigt und keine Ansprache mehr hat[80]). Dass die Wirkung der rechten Gewere in einer Präclusion besteht, wird ferner auf das Deutlichste durch das gerichtliche Aufgebot dargethan[81]), und die Brünner Schöffen wenden gradezu den Ausdruck *praescriptio* und *praejudicium* an[82]).

Allein nach dem mittelalterlichen Prozessrechte hat die Präclusion nicht die Wirkung, dass die Klage ohne Weiteres als unzulässig zurückgewiesen wird, so dass der Verklagte sein eigenes Besitzrecht gar nicht darzuthun braucht, sondern es wird dadurch nur der Vorzug des Besitzrechts des gegenwärtigen Besitzers vor den anderweitigen Ansprüchen begründet. Jeder Titel auf den Besitz des Grundstücks, den Jemand er-

---

77) Vgl. S. 11. Z. 28.

78) Förstemann S. 16.

79) Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 305.

80) z. B. Magdeb.-Fr. I. 2. d. 25. I. 11. d. 3. Wasserschl. S. 267. c. 129. S. 273. c. 133. u. a.

81) Rechtsb. n. Distinctionen I. 46. d. 4.

82) Schöffenbuch c. 322 ff.

heben könnte, wird dadurch entkräftet, dass der Besitzer für sein eigenes Recht sich auf die rechte Gewere beruft.

Daher kömmt es prozessualisch nur auf den Beweis dieses letzteren Rechts an; eine nähere Darlegung des Rechts des Klägers ist unerheblich. Mag er auch an und für sich ein noch so gutes Recht haben, den Erwerb des Grundstücks Seitens des Gegners anzufechten und die Herausgabe zu verlangen; dadurch, dass er auf Seiten des Besitzers eine rechte Gewere hat entstehen lassen, hat er die Befugniss zur Anfechtung jenes Besitzrechtes eingebüsst.

Aus diesem Grunde kann bei der Vertheilung des Beweisrechts auf die von beiden Parteien geltend gemachten Besitztitel nichts ankommen, sondern diejenige Partei, welche sich auf rechte Gewere beruft, kömmt in allen Fällen zum Beweisrecht. Die Präclusion entgegenstehender Rechte erscheint practisch als der absolute Beweisvorzug der rechten Gewere. Demgemäss geben die meisten Quellen dies als die Wirkung der rechten Gewere an[83]), und in den neueren Darstellungen werden die Präclusion entgegenstehender Rechte und der Beweisvorzug gewöhnlich als zwei verschiedene Rechtswirkungen der rechten Gewere aufgeführt, indem man den unmittelbaren Zusammenhang der Beweisregeln mit den Sätzen des materiellen Rechts verkennt. Der durch die rechte Gewere begründete Beweisvorzug ist nur die prozessualische Gestalt, in welcher die Präclusion der entgegenstehenden Ansprüche verwirklicht wird[84]).

Es bedarf nun aber die Frage noch einer näheren Untersuchung, welche Ansprüche werden durch die rechte Gewere präcludirt, da in der Literatur darüber noch keineswegs Klar-

83) Vergl. die bei Stobbe Gewere § 39. Nro. 2. zusammengestellten Zeugnisse.

84) Siehe den folgenden Paragraphen.

heit herrscht[85]). Die Antwort ist auch hier nicht nach dem Rechtsgrunde, sondern nach dem Ziel des Anspruchs zu bestimmen. Nicht darauf kömmt es an, ob der Anspruch des Klägers dinglicher oder persönlicher Art ist, auch nicht darauf, ob in abstracto das geltend gemachte Recht neben dem Recht des Besitzers, z B. Eigenthum neben Satzung oder Leibgeding bestehen kann; sondern lediglich darauf, ob der Anspruch mit dem Besitz und der Nutzniessung dessen, der die rechte Gewere hat, verträglich ist oder nicht.

Jedes Recht ist präcludirt, dessen Durchführung dem Besitzer den nutzbaren Besitz des Grundstücks entziehen würde.

Dies wird zunächst durch eine Reihe von Stellen ganz allgemein bestätigt, in denen gesagt wird, der Besitzer ist näher das Gut zu behalten, als Jemand es ihm abzugewinnen, oder alle Ansprache an das Gut sei verloren u. dgl.[86]). Sodann wird für folgende Rechte insbesondere ausgesprochen, dass sie durch rechte Gewere präcludirt werden:

---

85) Nach Albrecht Gewere S. 99. sichert die rechte Gewere den Besitzer „gegen jede dingliche Klage, sofern deren Zweck mit dem Rechte, welches, als causa, der rechten Gewere zum Grunde liegt, unvereinbar ist". Planck Zeitschr. f. D. R X. S. 278 sagt: „dass das Dasein einer rechten Gewere jede fremde Ansprache an dem Gute, aus welchem Grunde sie immer erhoben werden mag, formell unzulässig macht". Stobbe § 40 behauptet, „dass alle diejenigen Rechte anderer Personen untergehen, welche mit dem erworbenen Rechte unvereinbar sind", ist aber selbst genöthigt, eine Reihe von Stellen mit dem Bekenntniss anzuführen, dass sie dem von ihm aufgestellten Prinzip widersprechen.

86) Sächs. Lehnr. 37. § 3. Rechtsaufz. v. Burg S. 167. Mühlhäuser Rechtsb. S. 16. Salfelder Statut. Art. 31. 148. 150 (Walch. I. S. 22. 49. 50). Rechtsbr. f. Neuland v. 1296 (Pufend. II. App. p. 10). Bremer Privil. v. 1186 § 3. u. Privil. f. Stade v 1209. Stadtr. v. Brilon v. 1290. Art. 5. 7. (Seibertz I. S. 527). Rechtsbr. von Uelzen § 8. (Gengler S. 498). Hamb. Stadtr. v. 1270. I. 6. Statuten v. Stade I. 2. Freiberger Statuten V. 35. (Schott III. S. 180). Hildesheimer Stadtr. Art. 46. (Pufend. IV. App p. 286) u. a.

a) Eigenthum, insofern auf Grund desselben die Herausgabe des Grundstücks gefordert wird[87]).

b) Erbrechtliche Ansprüche und Beispruchsrechte[88]).

c) Das Recht des Ehegatten, den Verfügungen des andern Gatten über Grundstücke zu widersprechen[89]).

d) Das Recht der Gläubiger, Veräusserungen von Grundstücken ihres Schuldners anzufechten[90]).

e) Retractsrechte[91]).

f) Lehnrecht[92]).

---

87) Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 85. Magd. Fragen I. 6. d. 3. Schöffen-Urtheile bei Böhme VI. S. 155; bei Wasserschleben I. S. 267. 273. Goslar. Statut S. 25. Z. 18. Bremer Ord. bei Oelrichs S. 162. 193. 240. Lüb. Recht (Hach) Cod. I. Art 20. Prager Statutarrecht 119. (Rössler S. 76). Freiberger Statuten V. 22. (Schott III. S. 176).

88) Vgl Zimmerle Stammgutssystem S. 224 fg. – Syst. Schöffenrecht IV. 1. c. 10. Sch.-U. in Pölmanns Distinct. II. 20. d. 24. (Steffenhagen IX Bücher Magd. R. S. 29). (Dresdener) Schöffenrecht c. 224. und 238. bei Wasserschleben I. S. 112. 113. Magdeburger Sch.-U. ebend. S. 228 ff. Hamburger Stadtr. v. 1270. I. 12. Bremer Ord. 6. (Oelrichs S. 70). Statuten von 1428. II. c. 28. Verdener Statuten 17. 102. Statuten v. Stade I. 8. Zus. zu den Erfurter Statuten bei Walch Beitr. II. S. 29. 30. Vgl. auch Wormser Dienstr. c. 6. Urth. bei Thomas Oberh. S. 321. Nro. 58. — Ausgenommen ist nach gemeinem sächs. Recht die Klage des Erben um Grundstücke gegen denjenigen, der ein Grundstück pro herede besitzt und gegen den Richter, der es als erblos in Besitz genommen hat Dieselbe verjährt erst in 30 Jahren und Jahr und Tag. Sachsensp. I. 29. Siehe unten § 41.

89) Gosl. Stat. S. 11. Z. 26 ff.; S. 14. Z. 1 Frankf. Urth. v. 1437 bei Thomas Oberhof. S. 489 u. Albrecht Note 210.

90) Bremer Statut v. 1303. Art 20. (Oelrichs S. 76). Verdener Stat. Art 16. Urth des Lüb. Oberhofs (bei Michelsen Nro. 232. 233.

91) Verdener Statuten 17. Hadeler Ger.-Ordn. II. 11 (Pufendorff Obs. I. App. p. 19). Kehdinger Landrecht 20. 21. (eodem p. 155. 156).

92) Sachsensp. II. 42. § 2. Richtst. Lehnr. 29. § 7. (Vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 409). Stadtr. v. Parchim v. 1225. Art. 14. (Mecklenburg. Urk.-B. I. Nro. 319). Stadtrecht v. Plan v. 1235. § 12 (eod. Nro. 428).

g) Leibzuchtsrecht[93]).

h) (Neuere) Satzungsrechte[94]).

Dagegen bleiben trotz der rechten Gewere des Besitzers folgende Rechte bestehen:

a) Grundzins- und Renten-Ansprüche, auch wenn der Käufer bei dem Erwerb des Grundstücks von ihrem Vorhandensein nichts gewusst hat und das Grundstück über Jahr und Tag besessen hat, ohne sie zu entrichten[95]). Es könnte befremden, dass Pfandrechte präcludirt werden, Grundzinsrechte dagegen nicht. Allein der Unterschied ist der, dass der Satzungsgläubiger das Grundstück selbst in Anspruch nimmt, um sich aus dem Verkauf desselben zu befriedigen, der Rentengläubiger dagegen nur die Zahlung einer jährlichen Prästa-

---

93) Salfelder Stat. c. 39. (Walch. I. S. 24.) und die anderen bei Albrecht Gewere Note 209 angeführten Stellen.

94) M.Sch.-U. bei Wasserschl. I. S. 222. c. 70. Systemat. Schöftenr. IV. 2. c. 51. (Böhme VI. S. 99). — Syst. Sch.-R. IV. 1. c. 23 betrifft den Fall, dass ein Gläubiger die Execution gegen ein Grundstück nachsucht, das ihm gar nicht verpfändet ist und das der Schuldner bereits vorher *einveldiclich ane undirscheit* verkauft und aufgelassen hat. Ein solcher Antrag wird schon vor Jahr und Tag zurückgewiesen. Ein Widerspruch dieser Stelle mit IV. 2. c. 51. ist nicht vorhanden, wie Stobbe, Gewere S. 476, annimmt.

95) Magd. Sch-Urth. bei Böhme VI. S. 114. a. E. System. Schöffenr. IV. 1. c. 25. IV. 2. c. 92. Brünner Schöffenb. c. 365. Eine indirecte Bestätigung liefert das Magd. Urth. bei Stobbe Beiträge S. 123. Note 48, welches die Freiheit eines Grundstücks von der Zinslast daraus folgert, dass es 30 Jahre und Jahr und Tag zinsfrei ohne Widerspruch besessen worden war. — Es sei gestattet, auf eine ausserdeutsche Parallelstelle aufmerksam zu machen, welche ich v. Bar's Beweisurtheil S. 223 entnehme Im Art. 269 der Coutume de Bretagne wird bekundet, dass, wer ein Erbe Jahr und Tag besitzt, „est defendu contre tous ceux du Duché". Der Art 270 jedoch fügt hinzu: Et non obstant les dits appropriemens (ungeachtet dieses Eigenthumserwerbes) les rentes censues ou autres foncières et devoirs seigneuriaux, qui sont deubs auparavant les dits appropriemens sur les heritages, ne laisseront d'estre payez à celuy à qui ils estoient deubs auparavant les dits appropriements.

tion fordert, den Besitz des Grundstücks selbst dagegen dem Käufer keineswegs entziehen will[96]).

b) Oeffentliche Abgaben, Grundsteuern und Zehnten[97]). Es folgt dies aus der Natur der Sache, da die Verpflichtung zur Leistung dieser Prästationen auf einem objectiven Rechtssatze beruht, dem das Grundstück durch einen Besitzwechsel sich nicht entziehen kann.

c) Servituten stehen im Mittelalter im Wesentlichen unter dem gleichen Gesichtspunkte. An Stelle eigentlicher, durch Rechtsgeschäfte errichteter Servituten ergab sich aus dem genossenschaftlichen Verbande der Mark- und Dorfgenossen, aus den bau- und strassenpolizeilichen Anordnungen in den Städten und aus der Flurgemeinschaft resp. Ackeraufttheilung auf dem Lande eine Reihe von Vorschriften des nachbarlichen Rechts, die die Verhältnisse der Wege, des Wasser-Ab- und Zuflusses, des Tropfenfalls, der Weide u. dgl. regelten. Diesen Vorschriften blieb ein Grundstück unterworfen, auch wenn es in die Hände eines neuen Erwerbers kam, der von den in der Gemeinde darüber geltenden Rechtssätzen Jahr und Tag Nichts sollte erfahren haben. Eine Präclusion solcher Rechte durch rechte Gewere wird nirgends erwähnt und ist aus inneren Gründen nicht wahrscheinlich[98]).

An öffentlichen Strassen, Plätzen, Almenden u. dgl. ist die Entstehung der rechten Gewere aus demselben Grunde ganz ausgeschlossen[99]).

---

96) Da das verzinsliche hypothekarische Darlehn der späteren Zeit nicht aus der Satzung, sondern aus dem Rentenkauf hervorgegangen ist, so wurde auch der Anspruch auf hypothekarische Zinsen durch die rechte Gewere des neuen Erwerbers nicht präcludirt. Wendisch-Rügian. Landgebr Tit. 113. (herausgeg. v. Gadebusch. Stralsund 1777. S. 102).

97) Brünner Schöffenb. c. 333.

98) Eine ausdrückliche Bestätigung geben die Freiberger Stat. V. c. 17. (S. 175) und das Brünner Schöffenb. c. 332.

99) Brünner Schöffenb. a. a. O. Braunschweig-Neustädt. Stadtr. Art. 65: „*Der stad gemeyne mach nicht verjaren*" (Urk.-Buch der

Dagegen hinsichtlich eigentlicher Servituten wird von den Magdeb. Schöffen der Grundsatz befolgt, dass, wenn sie beim Verkauf des Grundstücks nicht besonders angegeben und Jahr und Tag nach dem Besitzwechsel nicht ausgeübt worden sind, der neue Erwerber sie fortan nicht zu dulden braucht.

Systemat. Schöffenr. V. c. 18. *Hot nu der cleger den wassersig noch in gewere adir so nulich gewandilt, das jor und tag nicht vorgangin ist, so sal ... her syne wassirseige behaldin. Hot her abir der were nicht adir so nulich nicht gewandilt, hot denne der antworter unde syn vorvar daz erbe gekouft und sundir wassirseige besessin, zo sal her blibin by synir besiczunge unde were unde darf der wassirseige nicht liden, noch dem mole daz erbe adir der hof seder mit giftin gewandilt ist, und jor und tag und so lange czeit besessin hot ane rechte ansproche, is en sy daz in den giften der wassirsig clerlich benumet und usgeschrebin sy.*

Eine gerichtliche Ansprache binnen Jahr und Tag ist demnach zur Erhaltung des Servitutenrechts nicht erforderlich, sondern es genügt die thatsächliche Ausübung der Servitut.

Andererseits kennt das Deutsche Recht auch zum Schutz der Servituten eine rechte Gewere; wer Jahr und Tag unangefochten eine Servitut ausgeübt hat, geniesst den Beweisvorzug dafür, dass er ein Recht auf die Servitut hat[100]).

Stadt Braunschw. S. 24) Das sogen. Landr. v. Burg S. 167 erkennt mit Ausschliessung der rechten Gewere nur eine Verjährung von 31 Jahren und 6 Wochen an Gemeindeländereien an.

100) Magdeb.-Stendal. Urth 13. § 2. 3. System. Schöffenrecht V, 10. (Böhme VI. p 125. al. 4. Glogauer Rechtsb. c. 134. Magd. Fragen I. 19. 2). System. Schöffenr. V. c. 22. 23. Bremer Stat. v. 1303. Ord. 62. (Oelrichs S. 101). Verdener Stat. 96. — Ein Bekenntniss, dass eine Servitut nur precario zugestanden sei und per nullius temporis prescriptionem ein Recht darauf entstehen könne enthält die Urkunde v. 1301 im Lübischen Urkundenb. II. Nro. 143. S. 121.

d) Wenn der Besitzer das Grundstück nicht als sein Eigenthum inne hat, sondern nur ein dingliches Nutzungsrecht an demselben ausübt, so wird die nuda proprietas durch rechte Gewere nicht präcludirt. Der Eigenthümer behält diejenigen Befugnisse, welche mit dem Besitz und Nutzungsrecht des Inhabers verträglich sind; insbesondere also einer rechten Lehnsgewere und Zinsgewere gegenüber das Obereigenthum, einer rechten Satzungsgewere gegenüber das Wiedereinlösungsrecht, einer rechten Leibzuchtsgewere gegenüber den *anefal*[101]). Dies ergiebt sich mit Nothwendigkeit daraus, dass die Quellen überhaupt eine rechte Lehnsgewere, eine rechte Satzungsgewere u. s. w. anerkennen[102]), da ja diese Rechte nicht denkbar sind, ohne dass ein Anderer das Eigenthum an demselben Grundstücke hat[103]). Eine gerichtliche Geltendmachung dieser Rechte binnen Jahr und Tag wird ebenso wenig gefordert, als eine von Jahr zu Jahr bethätigte Ausübung derselben, die ja auch der Natur der Sache nach in vielen Fällen, z. B. einer Satzungs- oder Leibzuchtsgewere gegenüber unmöglich ist[104]).

---

101) Der Leibzuchtsbestellung steht die Veräusserung unter einer Resolutivbedingung gleich. Rechtsb. nach Distinct. I. c. 30. d. 1. *Wer sin gud eyme vorkouft czu sime liebe ader seczt adder lesset also bescheydelich, „wen des nicht en wer, daz es widder uf on fiele“* d. h. unter der Bedingung, wenn etwas nicht eintritt, dass das Gut zurückfalle. In einem solchen Falle vererbt sich der *anefal* d. h. die proprietas unbeschadet des inzwischen bestehenden Nutzungsrechts. Vgl. ebend. I. 48. d. I.

102) z. B. Sachsensp. II. 3. § 1. Sächs. Lehnr. 26. § 9. — Vgl. auch Augsburger Statuten 341 (Walch IV. S. 329).

103) Wenn daher z. B. ein Vassall sein Grundstück ohne Genehmigung des Lehnsherrn versetzt, so entsteht für den Satzungsgläubiger nach Jahr und Tag eine rechte Gewere, welche ihn gegen die Besitzentziehung Seitens des Lehnsherrn (und Seitens des beliehenen Vassallen) schützt, der gegenüber aber die andern in der Lehnsherrlichkeit und dem Obereigenthum enthaltenen Rechte des Lehnsherrn fortbestehen bleiben. Schwäbisches Lehnr. 25.

104) Bestätigt wird dies durch Sächs. Lehnr. 13. § 2. Lässt der Eigenthümer den Vassallen, während er das Lehn muthen oder ausziehen soll, im Besitz des Gutes, wozu er ja verpflichtet ist, und will der Besitzer,

2) Die andere Wirkung der rechten Gewere ist die, das der Besitzer die Vertretung durch den Gewähren nicht braucht, sondern sein Recht selbst beschwören kann. Kurz und klar fasst die schon mehrfach erwähnte Stelle des Soester Stadtr. Art. 34. die beiden Wirkungen der rechten Gewere dahin zusammen:

possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit et sic de cetero sui warandus erit nec amplius supra praedictis gravari poterit [105]).

Indess an einigen Stellen wird bei der rechten Lehnsgewere eine Berufung auf den Lehnsherrn des Gewähren erwähnt und an einer andern Stelle wird bei der rechten Gewere am Zinsgut die Gewährschaft durch den Eigenthümer für erforderlich erklärt. Auf Grund dessen hat Planck [106]) die Theorie aufgestellt, dass bei dem Beweise einer rechten Gewere aus einem unvollkommenen Rechtsgrunde zu den übrigen Requisiten der rechten Gewere auch noch das Anerkenntniss des

---

nachdem er Jahr und Tag ruhig besessen hat, sich an einen andern Herrn ziehen, so behält der Herr sein Eigenthumsrecht. — Ebenso bestehen die lehnsherrlichen Rechte des primus vassallus einer rechten Lehnsgewere des Untervassallen gegenüber fort; wenn daher der Untervassall sich vom Oberlehnsherrn direct belehnen lässt und der Unterlehnsherr ihn binnen Jahr und Tag, nachdem er es erfahren, belangt, so kann der Untervassall nicht den Beweisvorzug für die Behauptung, vom Oberlehnsherrn direct belehnt zu sein, mit der Berufung darauf, dass er das Gut in rechter Gewere habe, erlangen. Richtst. Lehnr. 15. § 8.

105) Derselbe Grundsatz wird bestätigt — abgesehen von der bald näher zu besprechenden Stelle des Sachsensp. II. 42. § 2. — durch das Lüb. R. (Hach) Cod. I. Art. 78. Cod. II. Art. 31. Hamburg. R v. 1270. Art. 6 Freiberger Stat. V. 23. 25. Mühlhäuser Rechtsb. S. 18. Nach Jahr und Tag soll der Käufer „*sich selbin weri*". Rüthener Stadtr. Art. 39. Schöffenrecht der Dresdner Handschr. c. 238 bei Wasserschleben S. 114. u. v. a. Dazu kömmt noch die unendliche Reihe von Urkunden und Stadtbuchs-Einträgen, in denen der Veräusserer eine Gewährschaft für Jahr und Tag übernimmt oder Gewährschaftsbürgen für Jahr und Tag stellt.

106) Zeitschrift f. Deutsch. R. Bd. X. S. 281 fg.

Herrn hinzukommen müsse. „Die vollständige Vertretung des Gutes nach aussen geschieht nach Sächs. Recht erst durch den Mann und den Herrn zusammen. Daher ist der Mann gehalten, trotz seiner rechten Gewere, seinen Herrn im Gericht zu stellen und dessen ausdrückliche Erklärung zu schaffen, dass er der Lehnsherr des Gutes und dieser sein Mann sei.“ Die dem Sachsensp. später hinzugefügte Stelle II. 42. § 2, welche dem entschieden widerspricht, repräsentire eine neuere Ansicht, und erklärt sich nach Planck „vielleicht aus dem Umstand, dass das Bekenntniss des Herrn, falls der Lehnsmann die rechte Gewere hatte, als eine blosse Förmlichkeit erscheinen musste, da eine Unterstützung dieser blossen Behauptung des Herrn ja gänzlich unnöthig war So mochte man später geneigt sein, die nach der Consequenz über gerichtliche Vertretung eines Gutes allein richtige ältere Ansicht in diesem Punkte aufzugeben, um nicht durch Bestehen auf einem Förmlichkeitsrequisit dem Recht an der Sache selbst zu nahe zu treten [107].“

Diese Annahme beruht auf einer Auffassung von den Prozessen um Grundstücke, die nicht haltbar ist. Bei den Klagen um Grundstücke handelt es sich um den Besitz; ihn zu behalten oder zu erlangen ist die Tendenz des Rechtsstreites. Auf eine vollkommene oder unvollkommene „Vertretung des Gutes nach Aussen“ kömmt daher durchaus Nichts an. Wer für sein Besitzrecht eine rechte Gewere hat, der geht jedem andern, der Ansprüche auf den Besitz erhebt, vor. Demnach braucht dem Eigenthum behauptenden Kläger keineswegs Eigenthum entgegengesetzt zu werden, sondern jedes andere Besitzrecht, Lehn, Erbpacht, Satzung u. s. w. ist vollkommen genügend, um dem Anspruch auf Herausgabe des Gutes wirksam zu begegnen.

---

107) Aehnlich Stobbe S. 475.

Auch kann man sich die practische Geltung des von Planck behaupteten Rechtssatzes nicht denken, ohne die rechte Gewere bei den unvollständigen Besitzrechten des grössten Theils ihrer Kraft zu berauben. Der Besitz an einem Lehn-, Zins- oder Satzungsgut würde, wenn er noch so lange Zeit hindurch unangefochten bestanden hat, ja wenn das Gut sich seit vielen Generationen in der Familie des Besitzers vererbt hat, gegen jeden auf ein angebliches Eigenthumsrecht gestützten Anspruch eines Dritten des selbständigen Schutzes ermangeln und ganz und gar von dem Belieben des Herrn abhängig sein. Wenn derselbe die Gewährschaft versagt, würde der Besitzer Gefahr laufen, sein Recht zu verlieren, und höchstens eine Schadens-Ersatz-Forderung haben. Insbesondere aber wäre jedes von einem Nichteigenthümer constituirte Lehn-, Erbpachts- oder Satzungsrecht, bei welchem der Constituent als Gewähre sich nicht bekennen könnte oder wollte, dem Schutz durch rechte Gewere entzogen, während der practische Werth der rechten Gewere doch gerade darin besteht, dass die Ansprüche des wahren Eigenthümers etc. präcludirt werden. Wie gestaltet sich ferner die Sache, wenn der Erbe des Constituenten nach dem Tode des letzeren das Gut als sein freies Erbeigen in Anspruch nimmt? Wer soll hier dem in rechter Gewere sitzenden Erbzinsmann, Vassallen oder Satzungsgläubiger Gewährschaft leisten? Man wird in diesem Falle doch gewiss nicht anstehen, dem Besitzer des Grundstücks den Beweis der rechten Gewere ohne Gestellung des Auctors zuzuerkennen, obwohl doch hier dem unvollkommenen Besitzrechte der vollkommenste und stärkste Besitztitel, Erbeigen, gegenübersteht. Für eine blosse Förmlichkeit endlich kann man einen Satz von so eingreifender Wichtigkeit, dass der Besitzer sein Besitzrecht nicht selbst, sondern nur mittelst des Anerkenntnisses seines Herrn vertreten darf, doch gewiss nicht erachten.

Die Quellen bestätigen auch die Ansicht Planck's in keiner Weise. Sie erwähnen allerdings, dass der Lehnsbesitzer sein Lehnrecht durch Anerkenntniss des Lehnsherrn beweisen kann[108]), aber sie sagen nirgends, dass er von diesem Anerkenntniss und von der Vertretung Seitens des Herrn abhängig ist, sondern das directe Gegentheil.

Sachsensp. II. 42. § 2. *Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude jar unde dach gehat ane rechte wedersprache, he ne verlüset dar mede nicht, of ime sin gewere afweke dut to rechter werscap, deste he't selve vorsta na sinem rechte*[109]).

Der Richtsteig steht damit nicht nur nicht im Widerspruch[110]), sondern hebt mit noch grösserer Schärfe hervor, dass der Lehnsbesitzer, der rechte Gewere hat, von dem An-

---

108) Es war für den Verklagten vortheilhafter und jedenfalls angenehmer, wenn der Herr ihn gewährte, als wenn er selbst sein Recht vertreten musste. Der Hauptvortheil bestand darin, dass er die Ableistung des Eides mit den damit verknüpften Fährlichkeiten sich ersparte oder wenigstens in den meisten Fällen sich ersparen konnte. Ausserdem aber war es grade bei den abgeleiteten, unvollständigen Besitzrechten für den Besitzer von Wichtigkeit, Gewissheit darüber zu haben, wem er zur Leistung der Lehnsdienste und Lehnstreue, des Erbzinses u. dgl. verpflichtet sei, wem die Einlösung des versetzten Gutes zustehe. Daher hatte er ein rechtliches Interesse daran, seinen Auctor zur Vertretung des Eigenthumsrechts heranzuziehen, damit der Streit unter den Prätendenten entschieden werde. Vgl. Richtsteig Landr. 21. § 1. a. E. Der Besitz von Jahr und Tag schloss natürlich die Vertretung des Besitzers durch seinen Auctor nicht aus und es kann in keiner Weise befremden, wenn die Quellen trotz der rechten Gewere des Besitzers die Vertretung desselben Seitens des Herrn oder Auctors erwähnen. Es handelt sich nur darum, welche rechtliche Folge es hat, wenn der Herr die Gewährschaft versagt.

109) Der oft citirte Rechtsspr. des Grafen v. Blankenburg voon 1321 bei Schottel de singul. quib. in germ. jurib. p. 139 enthält beinahe wörtlich Sachsensp. II. 42. 43 Der unsere Frage betreffende Passus lautet: .... *des gewehre nicht erkumbt, de mut selven wol antworten den klegere vor dat gut also recht ist, ob he id in synen rechten wehren hat mit mutte und in gelde.*

110) Wie Planck S. 281 annimmt.

erkenntniss des Herrn unabhängig ist. Richtst. Lehnr. 29 § 7 [111]) erklärt, dass wenn die eine der streitenden Parteien das Gut *in geweren had ses weken unde en jar*, so ist sie

des neger to beholdenne, eft des de herre wol deme anderen bekande unde is eme geweret med vingeren unde med tungen.

Also selbst gegen die ausdrückliche Erklärung des Herrn siegt der Besitzer, der sich auf rechte Gewere beruft; um so weniger kann ihn die blosse Versagung des Bekenntnisses seines Rechts berauben.

Auch für Zinsgüter wird das Recht des Besitzers, sein eigener Gewähre zu sein, d. h. eine Vertretung Seitens des Herrn nicht zu bedürfen, unzweideutig bekundet.

Alte Schrae von Soest. Art. 149. (Seibertz Urk.-B. II. S. 403) *Wey van dem pachtmeystere efte van deme, dey de macht hevet, entfeyt ein Huys efte eyne hovesate efte lant efte eyne huve efte eyn deyl eyner huve unde dat jar unde dach unbesproken besittet, so wey eme dat darna bespreket, dat mach hey mit sines selves hant up den heiligen behalden unde mach sich selven also waren unde darboven ene mach en nymant besweren* [112]).

---

111) Richtst. Landr. 21. § 4. 5. behandelt den Fall, dass in einem Prozesse um ein Lehngrundstück beide Parteien sich auf denselben Herrn berufen und dass eine der beiden Parteien rechte Gewere behauptet. Wenn der Herr dieser Partei das Lehn bekennt, so siegt dieselbe über den Gegner. Der Fall, wenn der Herr dieser Partei die Belehnung nicht zugesteht, wird an dieser Stelle nicht erörtert; es wird aber ausdrücklich auf den Richtsteig Lehnrechts verwiesen, da ja der Streit unter Vassallen desselben Herrn im Lehnsgericht zu entscheiden ist. Der Richtst. Lehnr. behandelt dergleichen Streitigkeiten im cap. 29. und den speciellen, uns hier interessirenden Fall in dem angeführten § 7.

112) Für Leibzuchtsgüter ist folgende Stelle beachtenswerth. Bewysinge umme len unde liftucht (Homeyer. Sachsenspiegel II. 1. S 365): Wenn einer Frau ein Leibzuchtsrecht am Lehngut constituirt ist, das sie im Besitz hat, *so is sy sulker lenunge dorch sunderliker gunst willen neger to behaldene gliker wys alse morgengave med ores eynes hant up-*

Im Widerspruch mit diesen Zeugnissen steht aber die Stelle des Magd.-Görl. Rechts Art. 35 [113]). Der Besitzer eines Gutes, der dasselbe für sein rechtes Zinsgut erklärt, und es in rechter Gewere hat, wird auf Herausgabe desselben von Jemandem verklagt, der es als sein rechtes Erbeigen in Anspruch nimmt. Der Verklagte

mus den geweren [114]) zu hant benumen und brengen zu tage und behelt mit deme geweren sin cinsgut daran, ob hes geweret alse recht ist mit deme geweren. Wirt ime aver bruch an deme geweren, jener behelt sin eigenliche gewere an dem gute.

Als Grund für diesen Rechtssatz wird ganz unpassender Weise Sachsensp. II. 43. § 2. angegeben; eine Stelle, die ausdrücklich den Fall voraussetzt, dass beide Theile ein Grundstück „*mit geliker were*" ansprechen [115]). Der wahre Grund ist der, dass nach Magdeb. Rechte eine rechte Gewere nur entstehen kann auf Grund gerichtlicher Auflassung und nur bewiesen werden kann mit dem Richter und den Schöffen.

Der gerichtlichen Auflassung des Eigenthums aber entspricht die hofrechtliche Resignation des Zinsgutes Seitens des

---

pen hilgen **adder** *mit bekantnisse des herren odder met des heren breve.* Die sonderliche Gunst besteht darin, dass die Frau noch keine rechte Gewere zu haben braucht; die Stelle betrifft daher nicht eigentlich unsere Frage. Allein sie beweist, dass bei einem unvollkommenen Besitzrecht die Vertretung nicht wesentlich ist, sondern dass es der Frau facultativ überlassen ist, ihr Leibzuchtsrecht mit dem Lehnsherrn oder mit ihrem Eide zu erweisen.

113) Die Stelle wird wörtlich wiederholt im Weichbildr. Art. 69. (Mühler Art. 50).

114) Dass unter dem Gewähren nicht der Verkäufer des Zinsgutes, sondern der Grundherr, der Eigenthümer, zu verstehen sei, ist unbestritten.

115) Deshalb nimmt auch Albrecht Gewere S. 297 an, die Stelle des Magd. R. betreffe den Fall, dass beide Theile rechte Gewere für sich behaupten; allein dem widerspricht der Wortlaut Auch Planck a. a. O. Note 197 erklärt sich gegen diese Auffassung Albrechts. Ueber Sachsensp. II. 43. § 2 siehe oben S. 213. fg

Herrn, und dem Beweise durch Gerichtszeugniss entspricht der Beweis mit dem Grundherrn, der dem Colonen das Grundstück verreicht hat. Diese Interpretation wird bestätigt durch das Magdeb. Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 228 ff. c. 74., wo der Erwerb einer rechten Gewere an einem Erbzinsgut davon abhängig gemacht wird, *das der kouffir es emphangin und von dem erbhern uffgenomen hat*[116]).

Auch hier zweit sich also Landrecht und (Magdeburg.) Weichbildrecht, ebenso wie hinsichtlich der Voraussetzungen der rechten Gewere und die in der heutigen Theorie herrschenden Zweifel oder Irrthümer beruhen darauf, dass man die Magd. Quellen - Aussprüche kurzweg für Zeugnisse des gemeinen sächsischen Rechts genommen hat.

§ 38. Fortsetzung. — Rechte Gewere. Prozessualische Gestaltung.

Die prozessualische Bedeutung der rechten Gewere ergiebt sich, wenn wir uns an die oben dargelegten allgemeinen Grundsätze über die Behandlung der Prozesse um Grundstücke erinnern. Als das oberste Prinzip haben wir gefunden: Wer die Gewere hat, gelangt einer unsubstanzirten Klage gegenüber zum Beweise seines Besitzrechts; um die Gewere abzugewinnen, muss in positiver Weise die Hinfälligkeit des Besitzrechts des Verklagten dargelegt werden. Da nun aber die Befugniss zur Anfechtung des Besitzrechts durch rechte Gewere präcludirt wird, so ist einer rechten Gewere gegenüber auch eine solche Klagensubstanzirung unerheblich, welche die Ungültigkeit des Besitztitels des Verklagten darzulegen bezweckt. Es kommt

116) Vgl. auch das Magd. Sch.-U. ebend. S. 386 dem zu Folge eine Frau, die ein Erbzinsgut Jahr und Tag in rechter Leibzuchtsgewere besitzt, den Beweis erbringen muss *mit des erbheren briffe, der sy domete begnad hat.* Ebenso das Magd. Sch.-U. ebend. S. 433. c. 88.

für den Prozess Nichts darauf an, ob das Recht des Verklagten auf den Besitz materiell anfechtbar ist oder nicht, und welches Recht des Klägers durch den Besitz des Verklagten verletzt ist, da der Kläger zur Geltendmachung seines Anfechtungsrechts nicht mehr befugt ist. Einer rechten Gewere des Verklagten gegenüber befindet sich daher der Kläger, auch wenn er die Gültigkeit des Besitzerwerbs des Verklagten zu widerlegen im Stande ist, stets in derselben Lage, in welcher einer einfachen Gewere gegenüber derjenige Kläger ist, welcher eine unsubstanzirte Klage erhebt. Die vom Kläger geltend gemachten Rechte werden einer prozessualischen Verhandlung und Beurtheilung nicht unterworfen und können nicht Gegenstand eines Beweisurtheils sein; es kömmt auf ihre Feststellung Nichts an, da, selbst ihre Richtigkeit vorausgesetzt, sie den Verklagten zur Aufopferung des Besitzes nicht verpflichten würden. Es hat vielmehr der Verklagte sein Besitzrecht zu erweisen. Wenn der Verklagte die Behauptung der rechten Gewere aufstellt, so gewinnt demnach der Prozess trotz der motivirten Klagesubstanzirung den Character eines Prozesses zur Erhaltung des Besitzstandes.

Die blosse Behauptung der rechten Gewere kann aber dem Verklagten nicht den Beweisvorzug hinsichtlich seines Besitzrechtes verschaffen; sondern nur wenn die rechte Gewere unter den Parteien unbestritten feststeht oder durch einen prozessualischen Beweis dargethan ist, kömmt der Besitzer zur Erhärtung seines Rechts. Kann der Verklagte die Voraussetzungen der rechten Gewere nicht darthun, so ist eine richterliche Prüfung und Feststellung der vom Kläger zur Substanzirung seiner Klage vorgebrachten Thatsachen erforderlich. Daher ist die Feststellung der rechten Gewere, im Falle sie bestritten ist, präjudizirlich für den Fortgang des Prozesses und für den Inhalt des Haupt-Beweisurtheils, grade so, wie bei einer unsubstanzirten Klage die Feststellung, welche Partei die einfache Gewere

hat, präjudizirlich ist, wenn unter den Parteien über den factischen Besitz Streit herrscht. Und so wie im letzteren Falle ein doppelter Beweis stattfindet, zunächst über die Thatsache des Besitzes und dann auf Grund desselben über das Recht der besitzenden Partei zum Besitz, so ist auch in unserem Falle in der Regel ein zweifacher Beweis nothwendig, zunächst über das Vorhandensein der rechten Gewere und sodann auf Grund desselben über das Besitzrecht selbst.

I. Die Feststellung der rechten Gewere.

1) Die Substanzirung der Behauptung Seitens des Besitzers.

Der Besitzer, welcher sich auf rechte Gewere beruft, muss den thatsächlichen, unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag behaupten; denn dies sind die wesentlichen und regelmässigen Voraussetzungen der rechten Gewere.

So sagt der Richtst. Landr. 27. § 2.: *Heddestu it aver beseten jar unde dach ane weddersprake, so vrag, of tu dar icht ene rechte were ane hebbest. Dat vintme.*

und nach den oben citirten Bremer Urtheilen lautet die Erklärung des Besitzers constant:

he hebbe dat beseten jar unde dach unde hebbet an nud und in ghelde unde in hebbender were ane rechte bisprake.

In dem Geltungsgebiet des Magdeburgischen Rechts kömmt noch hinzu die Berufung auf gerichtliche Auflassung resp. auf lehnrechtliche Investitur oder auf Verreichung und Verleihung von Zins- und Erbgütern durch den Grundherrn.

Nicht selten ist die Auslassung des Besitzers allerdings eine ausführlichere, indem er auch den Mangel solcher Umstände hervorhebt, welche die Entstehung der rechten Gewere ausschliessen würden.

In der, angeblich dem 13. Jahrh. angehörigen, Prozessurkunde bei Höfer Auswahl der ältesten Urkunden Nro. 30. S. 60. berufen sich Abt und Convent des Klosters Arnsburg gegenüber einer Klage wegen des Gutes Dorfgullen darauf, dass sie

„*da inne gesezzin geruweliche ane rechte ansprache in stillir gewerde me dan* 48 *jar unde dag, kuntliche unde uffinbarliche, bi gutme gerichte des Landes, daz Her E. etc.* (die Kläger) *odir keyn siner aldirn wedir an gerichte oder uzewendik gerichtis uns nie zugesprachin in keynir hande wis umme das forgen. gut. Wir sin ouch in dazselbe gut unde in die forgen. gewerde kumen mit wizzene unde mit willen* — der Kläger — *mit gudir bescheydinheit, als wir iz furebrenge wollin, ob wir iz bedurfin mit ligindeme urkunde kuntliche unde uffinbarliche.*"

In einer am Magdeburger Schöffenstuhl anhängigen Sache heisst es:

Dornoch hat T. dasselbe gut gekoufft ummb seyne wolgewonnen habe und hat dasselbe gut mit rechte yn seyne lehn und gewere bracht und yn seynen fredelichin geweren gehabt jar und tag und alzo vil jar alzo her ymmer bedarff czu seyme rechte ane allirley ansproche desselbin, und seyn wedirsache ynwendig des landis aws und yn gegangen hat czu wegen und czu stegen und czu kirchen und czu merckten und ist mundig gewest und hat dieselbin guter ny ansprache gemacht an keyner stat do is crafft unde macht gehabin mochte und alzo gevolgit hette alzo recht were [1]).

Allein diese ausführlichen Angaben sind mehr ein rhetorischer Schmuck als wesentliche Bestandtheile der Substan-

1) Wasserschleben I. S. 272. Vergl. ebendas. S. 229. S. 267. Neumann Magdeb. Weisthümer Nro. 10. S. 19. Urth. v. 1417 im Cod. diplom. Silesiae IV. p. 216.

zirung; es sind anticipirte Verneinungen von Einreden, die der Kläger etwa gegen die Behauptung der rechten Gewere vorbringen könnte. Der Besitzer kann den Hinweis, dass solche die Entstehung der rechten Gewere ausschliessenden Umstände nicht vorhanden sind, auch unterlassen; in keinem Falle ist seinerseits ein Beweis dafür etwa erforderlich, dass der Gegner sinnig, mündig, inländisch gewesen, zu Kirchen und Märkten gegangen sei u. s. w.

Der Kläger kann der Behauptung der rechten Gewere gegenüber, wie wir dies bei allen Arten von prozessualischen Streitigkeiten gleichmässig finden, in doppelter Weise sich verhalten; er kann sich entweder auf ein schlichtes Bestreiten beschränken, oder er kann durch positive Behauptungen die Entstehung der rechten Gewere widerlegen. Je nachdem er den einen oder den andern Weg einschlägt, ist das Beweisrecht ein verschiedenes.

Bestreitet der Kläger den Besitz von Jahr und Tag, so hat der Verklagte den Beweis mit 6 unbescholtenen, erbgesessenen Männern zu erbringen, in derselben Art, wie die einfache Gewere an Grundstücken zu erweisen ist.

Sächs. Lehnr. 13. § 1. *of die man die rechten geweren daran getügen mach mit seven mannen*[2]).

Rechtsbrief für Neuland v. 1296. (Pufend. II. App. p. 10.) *si metseptimus per annum se probaverit possedisse*[3]).

Auch nach Magdeb. Recht ist der Beweis mit Richtern und Schöffen nur genügend, um den rechtmässigen Erwerb

---

2) Bewysinge umme len bei Homeyer Sachsensp. II. 1. S. 364. Richtst. Lehnr. 29. § 7. Vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 607. — Vrgl. auch Richtst. Landr. 27. § 2. „*mit diner were unde mit tugen unde mit dime heren tu behaldende*".

3) Cod. dipl. Silesiae l. c. „*mit den nachgebawern obewennyg und nydewennig*".

des Besitzrechtes durch gerichtliche Auflassung darzuthun; ist dagegen die Thatsache des Besitzes von Jahr und Tag selbst streitig, so muss sie selbsiebent erwiesen werden.

Rechtsspruch bei Wasserschleben I. S. 258. c. 120. *Ouch alz her scrybet ummb die gewere das her die besessin hat czu seynen rechten genuge, kan her das dirweyszin selbsebinde unvorsprochener leute an erem rechten do volvert her mete*[4]).

Demnach hat Planck nicht Recht, wenn er annimmt[5]), dass nach den Stadtrechten der alleinige Eid genügt hätte, um die rechte Gewere und den Rechtstitel festzustellen. In sehr vielen Stellen wird allerdings nur der alleinige Eid des Besitzers erwähnt, aber dieselben beziehen sich nicht auf die Feststellung der rechten Gewere, sondern sie setzen voraus, dass die rechte Gewere entweder zugestanden oder bereits anderweitig festgestellt ist, und sprechen nur als Wirkung derselben aus, dass der Besitzer das Grundstück mit seinem alleinigen Eide behalten darf. Das wird auch dadurch nicht widerlegt, dass die Eidesformel ausser dem Recht zugleich auch die Thatsache des Besitzes von Jahr und Tag mit erwähnt, denn, wenngleich der Kläger die rechte Gewere nicht bestritten hatte und in Folge dessen der Besitzer sogleich die Befugniss erlangte, durch seinen alleinigen Eid den Prozess zu seinen Gunsten zu entscheiden, so lag es nahe, ihn auch die Voraussetzung dieses leichten Sieges durch seinen Eid mit erhärten zu lassen[6]).

---

4) Auch in dem Rechtsfall ebendas. S. 133. wird der Beweis *der egentlichen were und besiczunge selbsebinde* auferlegt.

5) Zeitschr. f. Deutsches Recht. Bd. X. S. 280. Note 167. Zweifelhaft äussert sich Hänel Beweissyst. S. 168. 169.

6) So ist namentlich die Stelle der Goslar. Stat. S. 25. Z. 33. zu verstehen, wonach der Eid ausser der Auflassung auch noch den Besitz von Jahr und Tag erwähnt. Dieselbe Formel wiederholt das Rechtsb. nach Distinctionen I. c. 43. d. 3; indess in dem vorhergehenden Ca-

Nur wenige Stellen sind so gefasst, dass man annehmen muss, dass particularrechtlich der alleinige Eid auch zur Erhärtung des Besitzes genügend gewesen ist; nämlich

Münster. Rechtsweisth. für Bielefeld § 45. *Quicumque suum wicbilde possidet annum quiete, si voluerit probare possessionem simplici juramento, admittetur, nisi testibus infringatur.*

Hier wird aber die Begünstigung des Besitzers dadurch aufgewogen und erklärlich gemacht, dass der Gegenbeweis mit Zeugen zugelassen ist und in gleicher Weise den Vorrang geniesst, wie bei Geldschuldklagen der Unschuldseid des Verklagten vom Kläger durch das Erbieten eines Zeugenbeweises abgeschnitten werden kann.

Sodann sind zu erwähnen die Freiberger Statut. V. 35. (Schott S. 180.), welche hinsichtlich der rechten Gewere mehrfach vom gemeinen sächsischen Rechte abweichen:

Dirre der daz erbe hat darf ouch nicht me tun, wanne daz he dar trit mit sin einis hant und swere, also he tar: daz he dazselbe erbe habe gehabit in sinir gewalt und in rechtir gewer jar und tac ane ansprache, daz ime got so helfe unde alle heiligin.

2) Die Einreden des Klägers.

Der Kläger kann dem Besitzer den Beweis der rechten Gewere dadurch verlegen, dass er positive, concrete Thatsachen behauptet, welche die Entstehung der rechten Gewere ausschliessen. Aus den materiellen Voraussetzungen der rechten Gewere ergiebt es sich, welche Behauptungen relevante

---

pitel wird der alleinige Eid nur zugestanden „*dy wile her nicht len und gewer beluth*“, und hinzugefügt: „*beluth her gewer, dy musz her selbsebinde behalden*“ d. h. wird ein Beweis der hebbenden Gewere erforderlich, so muss er selbsiebent erbracht werden. Siehe unten Note 24.

Einreden sind. Der Regel nach hat der Kläger für dieselben das Beweisrecht. Diese Einreden sind folgende:

a) Die Behauptung des Klägers, vor Ablauf von Jahr und Tag geklagt zu haben. Da eine Klage nur bei Gericht gültig angestellt werden kann, so muss der Beweis mit Gerichtszeugniss erbracht werden[7]. Das Gleiche gilt von einer gerichtlichen Protestation, wenn dieselbe nach Lage der Sache die Klage ersetzen kann[8].

b) Die Behauptung, von der Besitzveränderung (resp. dem Rechtsgeschäft oder dem Erbanfall) Nichts gewusst zu haben, wird vom Kläger mit seinem alleinigen Eide bewiesen[9]. Dem Besitzer steht gegen diese Einrede wieder die Replik zu, den Besitzerwerb dem Kläger angezeigt zu haben[10].

c) Die Behauptung der Abwesenheit ausser Landes. Auch diese Einrede wird durch den Einhandseid des Klägers erwiesen[11]. Der Eid kann aber dem Kläger durch ein Attest,

---

7) Sachsensp. II. 44. 1. Richtst. Landr. 27. § 3. Richtst. Lehnr. 29. § 2. (verb: *So vindme, id ne moge, eft he der clage getüch hebbe*). Prager Rechtsb. 143. Magdeb. Sch.-U. bei Mühler S. 77. Nro. 14a. (*mit deme schultzen und scheppen*).

8) Brünner Schöffenb. c. 330.

9) Sächs. Lehnr. 38. § 1. Goslar. Statut. S. 11. Z. 32. Syst. Schöffenr. III. 2. c. 77. Hamburg. Stadtr. v. 1292. E. 21. Vergl. auch das Frankfurter Urth. bei Thomas Oberhof Nro. 66. S. 488.

10) Siehe oben § 37. Note 24.

11) Die Eidesformel wird angegeben im Rechtsb. nach Distinctionen I. 34. d. 2. Vgl. System. Schöffenr. IV. 2. c. 43. Magd. Fragen I. 7. d. 2; II. 2. d. 3. Goslaren Stat S 27. Z. 13. — Das Hamb. R. v. 1270. VII. 2. und die damit übereinstimmenden Statuten von Stade VII. c. 1. (Pufend. I. App. p. 208) gestatten zwar die Anfechtung von Stadtbuchs-Einträgen, die Jahr und Tag alt sind, nur wenn *de man buten landes were, de it bespreken wolde und mochte he dat tugen;* allein nach Analogie der Bestimmung im Stadtrecht v. 1292. E. 21. darf man annehmen, dass einer rechten Gewere gegenüber der Beweis der Abwesenheit durch den alleinigen Eid zulässig war. Das Stadtrecht v. 1270. I. 6. a. E. hat den unbestimmten Ausdruck: *unde mochte he dat bewisen.*

dass er in einem einheimischen Gerichte binnen der Frist gesehen worden war, Seitens des Besitzers verlegt werden[12]).

d) Auch echte Noth, die den Kläger an Geltendmachung seines Rechts gehindert hat, beschwört er mit zwei Fingern; nur muss er die echte Noth „*benumen*", d. h. die Hinderungsgründe spezialisiren[13]).

e) Die Behauptung, dass der Kläger wegen Unmündigkeit sich nicht versäumt habe und dass nach erlangter Mündigkeit noch nicht Jahr und Tag vergangen sei. Ist das Alter bestritten, so beweist auch hier der Kläger mit seinem alleinigen Eide[14]).

f) Der Kläger kann die unangefochtene Innehabung des Grundstücks von Jahr und Tag einräumen, jedoch Thatsachen angeben, denen zu Folge die Innehabung nicht als Ausübung des vom Besitzer sich zugeschriebenen Rechts erscheint. Es ist dies nicht damit zu verwechseln, dass der Kläger die Gültigkeit des Erwerbes des vom Besitzer ausgeübten Rechts angreift, sondern der Kläger erbietet sich zu dem Nachweise, dass der Verklagte das Recht, welches er sich zuschreibt, bisher überhaupt gar nicht ausgeübt habe. Beispiele dafür sind folgende: Es wird eingewendet, der Besitzer habe das Gut nur als Vormund inne[15]), oder als Gutsverwalter des Klä-

---

12) Rechtsb. nach Distinct. a. a. O. „*Wurde her abir in eyme gerichte gesen unde dobey mit kuntschaft bestediget, do bewist man baz mete, wen her mit sime eyde gethun muchte, mit des gerichtes offen briffe vorsegilt.*

13) Richtst. Landr. 27. § 3. a. E. Goslar. Stat. S. 27. Z. 14. System. Schöffenr. IV. 2. c. 44. Magd. Fr. II. 2. d. 3. Kulm IV. c. 109. Rechtsaufzeichn. von Burg S. 168. Vgl. Rechtsb. nach Distinctionen III. c. 7.

14) Es folgt dies aus der Analogie von Sächs. Lehnr. 26. § 3. Richtst. Lehnr. 24. § 3. u. wird durch Sächs. Lehnr. 29. § 4. bestätigt.

15) Glog. Rechtsb. c. 58. *Ader dy selbin kinder ader or vormunde, ap sy dorffen, müsen beweisin mit aldsessin unde mit erbsessin selpdritte, daz der man daz erbe und gut von der kinder wegin in vormundeschafft ynne habe gehat.*

gers [16]), oder dem Inhaber, welcher ein Haus als Eigenthum sich zuschreibt, wird entgegengehalten, dass er alljährlich Miethszins davon entrichtet [17]), oder gegen den Besitzer, der an einem Grundstück Lehnrecht in Anspruch nimmt, wird eingewendet, dass er einen Erbzins davon zahle, das Gut also Zinsgut sei [18]), oder da das Object eine Burg sei, er nur Burglehn, nicht rechtes Lehn daran habe [19]). Eben dahin gehört die Behauptung, dass die Ausübung eines Rechts z. B. einer Weidegerechtigkeit nur precario gewährt worden war, „*tugestadet wart um sunderliker gunst willen*“[20]).

Werden diese oder ähnliche Behauptungen zugestanden oder erwiesen, so fällt die eigenthümliche Wirkung der rechten Gewere, das Besitzrecht durch den alleinigen Eid erhärten zu dürfen, fort; denn es fehlt ja an der thatsächlichen Ausübung dieses Besitzrechts durch den Zeitraum von Jahr und Tag, also an der rechten Gewere. Der Besitzer hat allerdings wegen der hebbenden Gewere, in der er sich befindet, das Beweisrecht; der Beweis ist aber mit Zeugen zu erbringen.

Sächs. Lehnr. 13. § 3. *Svar man jarlikes jenegen tins avegift, dar ne mach die man an deme gude nen len behalden. Spric̄t die man aver len daran unde büt die herre mit getüge sin tinsgut daran to behaldene, dem manne ne hilpet die gewere nicht, he ne mute sin len mit getüge behalden jegen sinen herren.* — Richtsteig Lehnr. 23. § 3.

---

16) Sächs. Lehnr. 62. § 1. 2.

17) Brünner Schöffenb. c 328.

18) Sächs. Lehnr. 13. § 3.

19) Sächs. Lehnr. 13. § 1.

20) Vgl. den Rechtsfall von 1455 bei Riedel Cod. dipl. Brandenburgensis I X. S. 290. Nro. 201. Kühns Geschichte der Gerichtsverfass. Bd. II. S. 360. Vgl. auch Urk. v. 1301 oben S. 328. Note 100.

Sächs. Lehnr. 62. § 2. *Liet aver ime (dem ammechtmann) die herre gut, des he ime sint nicht bekant, dat mut he* (der Amtmann) *getügen alse jene die der gewere darvet, mit den die't sagen unde horden.* Vgl. 13. § 1.

Sächs. Lehnr. 74. § 1. *Hevet en man gut in geweren sunder lenunge von vormuntscap sines wives oder kindes oder let en man sime brudere sin gut in sine gewere ane des herren willen unde ane sine witscap, stirft de belende man, die wile jene die süsgedane were daran hevet, sprict he dar len an, dat ne mach he alene uppe'n hilgen nicht behalden, he mut it getügen, of jene die't gedinge daran hadde oder die herre, deme it ledich wert, büt dat to getügene, dat sin man dat gut in sines lenes geweren hadde want an sinen dot*[21]).

II. Die Erhärtung des Besitzrechts.

Wenn die Gewere von Jahr und Tag festgestellt ist, so beschwört der Besitzer sein Besitzrecht mit seinem alleinigen Eide; es bedarf keiner näheren Substanzirung über die materielle und formelle Rechtsbeständigkeit des Erwerbs, sondern

21) Der Sinn dieser Stelle ist Folgender. Ein Lehn wird als heimgefallen vom Herrn oder von demjenigen, dem ein Gedinge daran verliehen ist, beansprucht. Der Besitzer behauptet, er selbst habe ein Lehnrecht daran. Wenn der Kläger nun sich zum Erweise erbietet, dass der Verklagte den Besitz nicht in Ausübung eines eigenen Rechts hatte, sondern dass er das Gut nur als Vormund oder als Gutsverwalter oder precario für den letzten beliehenen Vassallen inne hatte, so muss der Verklagte trotz seiner Gewere sein Lehnrecht mit Zeugen darthun; sein Eid allein genügt nicht. — Derselbe Fall wird mit grösserer Deutlichkeit in dem Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 258 c. 120 behandelt. Der Verklagte schreibt sich Lehnrecht an einem Grundstück zu, das er über Jahr und Tag besessen hat. Der Kläger erbietet sich zu dem Beweise, dass der Besitzer *keyn andir gewere an dem gute ny gehabt wenne alzo her mit seynem weybe und eren Kindern yn vormundeschafft entphangin hat und alzo hat her is besessin bis doher ane lehn.* Die Schöffen verstatten indess nicht den Kläger, sonder den Besitzer zum Beweise seines Lehnrechts, aber nicht mit seinem alleinigen Eide, sondern *selbdritte mit czweyn geholten mannen desselbin hern yn lehnrechten.*

es genügt, dass er kurzweg das Recht selbst oder den Erwerbstitel im Eidestenor angiebt[22]).

Sächs. Lehnr. 13. § 1. .... *of die man die rechten geweren daran getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he alene uppe'n hilgen und behalt dat gut ane getüch, of man mit rechter klage die gewere ime nicht breken ne mach*[23]).

Nur im Gebiete des Magdeburgischen Rechts ist statt des Eides der Beweis über die gerichtliche Auflassung mit dem Richter und den Schöffen erforderlich[24]).

---

22) z. B. Lüb. Recht Cod. I. Art. 20 „quod emit"; Cod. III. Art. 23. Note 2. „*beholden vor sinen kofften kopp*". Goslar. Stat. S. 26. Z. 1. „*dat dit hus min erve is unde in mine were komen is, als ek des to rechte gheneten scal*". Bremer Ord. Nro. 6. S. 70 u. oft: „*dat erve si sin echtelike eghen*". Vergl. auch das Eidesformular bei Kopp Ausführl Nachrichten von der Verf. der Gerichte etc. I. S. 33.

23) d. h. wenn nicht der Kläger eine der eben erwähnten, die Entstehung der rechten Gewere ausschliessenden Behauptungen aufzustellen vermag.

24) Magd.-Bresl. R. v. 1261. § 16. Magd.-Görl. R. v. 1304. Art. 15. Weichbildr. (Mühler) Art. 22. System. Schöffenr. IV. 1. c. 1. Dresdener Rechtsspr. bei Wasserschleben I. S. 304. c. 163 Schwierigkeiten machen die Worte „*beluth her len, daz muz her selbdritte behalden*" im Rechtsb. n. Distinctionen I. c. 43. d 2. Die Annahme Hänel's Beweiss. S. 169, dass ein anderes Beweisrecht gegolten habe gegenüber dem Herrn, ein anderes gegenüber dritten Personen, findet in den Quellen keine Bestätigung und widerspricht ebenso sehr dem Wesen der rechten Gewere als dem Zusammenhange, in welchem jene Worte stehen. Die wegen ihrer Kürze höchst unklare Stelle scheint vielmehr sich die Aufgabe gestellt zu haben, alle bei der rechten Gewere möglichen Arten des Beweises aufzuzählen. Der alleinige Eid des Besitzers als der regelmässige und Hauptbeweis wird an die Spitze gestellt, dann wird der Beweis des factischen Besitzes selbsiebend, dann der Beweis des Lehns selbdritt, endlich der Beweis der gerichtlichen Auflassung und Zueignung mit Richter und Schöffen erwähnt. Demnach beziehen sich die herausgehobenen Worte darauf, dass der verklagte Besitzer im Landgericht selbdritt beweist, dass ihn der Lehnsherr in der Lehnscurie gewährt d. h. ihm sein Lehnrecht bekannt habe, worüber I. c. 33. d. 1 ausführlicher handelt: „*der richter sal czwene boten mete senden, dy do horn, wer do behalde adder vorlise*". (Sachsensp. II. 42. § 4. Richtst. Lehnr. 29 § 8.)

Dieses Recht zu einem einseitigen und rein formalen Beweise des Besitzrechts kann der Kläger dem Besitzer nicht mehr verlegen. Es ist dies eben das prozessualische Resultat, welches sich aus dem Zusammenwirken der beiden materiellen Wirkungen der rechten Gewere ergiebt. Denn jedes in der Person des Klägers etwa begründete bessere Recht ist dem Besitzer gegenüber präcludirt, und jeder materielle Mangel in dem Rechte des Auctors des Besitzers wird durch die Emancipation des Besitzers von der Gewährschaft unerheblich.

Daher ist es in diesem Falle gleichgültig, ob der Kläger einfach das Besitzrecht des Klägers bestreitet, oder positive Behauptungen zur Widerlegung des Besitzrechts anführt; immer gelangt der Besitzer zum alleinigen Eide. Dies wird in mehrfachen Anwendungen durch die Quellen bestätigt.

In einem Rechtsfalle behauptet der Kläger, er habe den Gegner nur aus Gunst so lange im Besitz des Grundstücks gelassen, ohne die Klage gegen ihn zu erheben,

„dass du das erbe alzo lange besessen hast, das ist meyn gutir wille gewest und habe dir das gegunst und wil dirs nymme gunnen."

Die Behauptung findet jedoch keine Berücksichtigung, in Erwägung des unbestrittenen Besitzes von Jahr und Tag ohne rechte Widersprache [25]).

In einem andern Falle wird von der Frau die Herausgabe ihres Leibzuchtsguts verlangt mit der Behauptung:

*sintdemal daz sich yr man Bernhard des gutis underwunden hat mit gewalt unde mit unrechte, daz her (*der Kläger*) wol beweisin wil unde an dem gute ny keine rechte gewere gewonnen hat unde daz gut mit demselbin unrechte an seyn weip bracht hat.*

---

25) Wasserschleben Rechtsqu. I S. 92. c. 106. Sie ist nicht zu verwechseln mit der S. 345. erwähnten Behauptung, der Verklagte habe den Besitz precario erlangt und ausgeübt.

Die Schöffen von Donyn dagegen legen der Frau lediglich den Beweis über die Requisite der rechten Gewere auf [26]).

In ähnlicher Weise führt in einem anderen Rechtsfalle [27]) der Kläger aus, dass der Auctor des Besitzers nicht Eigenthümer war, sondern das Grundstück nur kraft ehelicher Vormundschaft besessen habe, und fügt hinzu:

und mich dunckit das nymandt dem andern keyn bessir recht an eyme dinge gebin adir an en brengen kan, wenn alzo her selbis doran hat.

Allein die Magdeb. Schöffen verordnen, dass, falls die Voraussetzungen der rechten Gewere vorhanden sind, *der kouffer nehir ist bey dem hopphegarten zcu bleyben, wenne en ymant dovon gedringen moge*, und verweisen den Kläger mit einer Schadensersatz-Forderung gegen die Erben des Gatten, der das Grundstück seiner Frau widerrechtlich veräussert hat [28]).

War demnach der Kläger nicht in der Lage, einer rechten Gewere des Besitzers gegenüber demselben den Beweisvorzug hinsichtlich seines Besitzrechts zu entziehen, und war der Besitzer

---

26) Wasserschleben I. S. 386. c. 34. Vergl. den Schiedsspr. v. 1347 bei Gercken Cod. dipl. Brand. IV. Nro. 247. Kühns Gesch. der Gerichtsverf. II. S. 357.

27) Wasserschleben I. S. 229. 230.

28) Wenn die Goslar. Statuten S. 26. Z. 25 ff. den Erwerb vom Nichteigenthümer auch nach unangefochtenem Besitz von Jahr und Tag noch für wirkungslos erklären, so muss man mit Göschen S. 191 die Stelle so verstehen, dass in dem darin vorausgesetzten Falle wegen des Mangels gerichtlicher Auflassung, die nach Goslar'schem Rechte eine Voraussetzung der rechten Gewere war, eine rechte Gewere überhaupt nicht entstehen konnte. — Auch das Brünnner Schöffenbuch c. 326 könnte auf den ersten Blick Zweifel erregen, da in demselben der Grundsatz „non firmatur tractu temporis, quando de jure ab initio non subsistit" gegen den Besitzer eines Hauses angewendet wird, der dasselbe vom Nichteigenthümer aufgelassen erhalten und $1^1/_2$ Jahre ohne Ansprache besessen hat; allein bei näherer Betrachtung der factischen Umstände des Falles ergiebt sich, dass der Kläger abwesend war (extra terram recessit), ihm gegenüber demnach die Wirkungen der rechten Gewere nicht Platz griffen.

nicht gehalten, den rechtmässigen Erwerb seines Besitzrechts näher darzulegen und die Rechtsgültigkeit desselben einer gerichtlichen Prüfung zu unterwerfen, so musste in vielen Fällen die Ableistung dieses Eides eine reine Formalität sein. Namentlich wenn das Vorhandensein der rechten Gewere der eigentlich streitige Punkt war, kam es vorzüglich nur auf die Entscheidung dieser Vorfrage an. Fiel sie zu Gunsten des Besitzers aus, so war der Ausgang des Prozesses nicht mehr zweifelhaft; denn dass der Besitzer das Recht, das er sich zuschreibt und das er über Jahr und Tag ausgeübt hat, auch beschwören werde, konnte wol gewönlich mit Gewissheit vorausgesehen werden. Begrifflich war der Eid des Besitzers über sein Besitzrecht der Hauptbeweis, practisch war er sehr häufig ohne Belang, sobald es nur feststand, dass der Besitzer zur Ableistung desselben verstattet werden muss.

So wie wir daher zahlreiche Stellen haben, welche nur den Eid des Besitzers über das Recht erwähnen, dagegen den Zeugenbeweis des unangefochtenen Besitzes von Jahr und Tag übergehen, so ist auch andererseits kein Mangel an solchen Stellen, insbesondere aus der Praxis, die nur der Feststellung der rechten Gewere Erwähnung thun, ohne die Nothwendigkeit des Beweises des Besitzrechts anzudeuten[29]).

Es mag auch in der That in vielen Fällen die Ableistung dieses Eides resp. die Erbringung des Gerichtszeugnisses über die erfolgte Auflassung unterblieben sein und der Prozess mit der Anerkennung der rechten Gewere sein Ende gefunden

29) Vergl. z. B. das oben erwähnte Soester Urth. für Siegen in Wigand's Archiv. VII. 1. S. 63; den eben citirten Schiedsspruch bei Gercken l. c. IV. Nro. 247; Lübische Urth. bei Michelsen Nro. 80. 86. (S. 167. 173). Bremer Urth. bei Oelrichs S. 162; Magd. Urth. bei Wasserschleben S. 267. 273; Goslar. Urth. bei v. Kamptz Provinzialrechte I. S. 376. Nro. 38. Schlesisches Urth. v. 1417 im Cod. dipl. Siles. IV. p. 216 u. a.

haben. In solchen Fällen hat der Prozess scheinbar einen possessorischen Charakter; es kömmt nicht zur Feststellung des Besitzrechts, sondern nur zur Feststellung der Thatsache des Besitzes von Jahr und Tag. Es ist dies dieselbe Erscheinung, welcher wir in dem Falle begegnet sind, wenn die einfache hebbende Gewere unter den Parteien bestritten ist und durch ein Beweisverfahren festgestellt werden muss. In Wahrheit sind solche Prozesse nur unvollendet; der Hauptbeweis bleibt wegen seiner rein formalen Bedeutung fort[30]).

Will aber der Kläger den Rechtsstreit bis zum Ende treiben, so kann der Besitzer der eidlichen Betheuerung seines Rechtes sich nicht entziehen.

Nur die Freiberger Statuten, die sich in so vielen Beziehungen durch eine exorbitante Begünstigung des unangefochtenen Besitzes von Jahr und Tag auszeichnen[31]), weichen auch hierin von dem gemeinen Rechte ab; sie dispensiren denjenigen, der unbestritten rechte Gewere hat, von jedweder Einlassung auf die Klage, und fordern, wenn das Vorhandensein der rechten Gewere bestritten ist, ausdrücklich nur die Beschwörung des jährigen unangefochtenen Besitzes, nicht auch des Rechts zum Besitz[32]).

Nach den vorhergehenden Erörterungen ist es möglich, die juristische Natur der rechten Gewere zu bestimmen. Ganz abzuweisen ist der Gedanke, dass die rechte Gewere ein eigen-

30) Vgl. oben S. 189. 229.

31) Sie lassen die Präclusion der Klagen auch gegen Abwesende eintreten; sie gestatten nicht die Abwendung der Präclusion durch jährlich erneute Protestationen; sie verlangen zum Beweise des unangefochtenen Besitzes von Jahr und Tag keine Zeugen, sondern nur den alleinigen Eid des Besitzers.

32) V. 23. 25. (Schott III. S. 177. 180). Dieselben Grundsätze werden auf die rechte Gewere an einem Zinsrecht, das man Jahr und Tag ausgeübt hat, angewendet. I. 20—22 (S. 158. 159). Dadurch wird die Annahme einer ungenauen Wortfassung ausgeschlossen.

thümliches, materielles Besitzrecht sei; sondern sie verleiht nur irgend einem materiellen Besitzrecht an einem Grundstück einen besonderen Schutz. Niemals kann daher eine Partei sich darauf beschränken, dass sie lediglich rechte Gewere an einem Grundstück sich zuschreibt; eine solche Behauptung wäre ohne bestimmten Inhalt; man kann nur ein materielles dingliches Recht an einem Grundstück und zugleich die unangefochtene Ausübung dieses Besitzrechts seit Jahr und Tag haben [33]).

Bekanntlich gehen aber die Ansichten der Juristen darüber auseinander, ob die rechte Gewere als Verjährung oder als Ersitzung anzusehen sei. Jede dieser beiden Auffassungen lässt sich rechtfertigen, je nachdem man die eine oder andere der beiden Wirkungen der rechten Gewere ins Auge fasst. Die Präclusion entgegenstehender Besitzansprüche nähert die rechte Gewere der Römischen Präscription; die Befugniss, sein Recht unabhängig vom Auctor zu behaupten, verleiht ihr Aehnlichkeit mit der Römischen Usucapion. In Wahrheit aber ist sie keines von beiden; denn es ist eben ein vergebliches Beginnen, eigenthümliche Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute des mittelalterlichen Rechts unter spezifisch Römische Begriffe und Institute zu bringen. Sowohl mit der praescriptio als mit der usucapio hat die rechte Gewere die Tendenz gemein, den Besitzer gegen Ansprüche zn sichern; aber sie erreicht diesen Zweck in einer durchaus eigenthümlichen Weise, die ebenso innig mit dem Deutschen Prozessverfahren zusammenhängt und durch dasselbe bestimmt wird, wie etwa Begriff und Ausbildung der praescriptio mit dem Römischen Civilprozess in Zusammenhang steht [34]).

---

33) Daher heisst es in den Partei-Erklärungen bei Geltendmachung der rechten Gewere immer: *dat gut is min echtelik eghen, min erfeigen, min rechtes cinsgut, min rechtes len* u. dgl.

34) Uebrigens ist der Streit nicht von Wichtigkeit, wenn man sich nicht verleiten lässt, je nachdem man für die eine oder andere Ansicht

3. Unterabschnitt. Klagen aus dem Erbrecht.

§ 39. Begriff und Voraussetzungen.

Die letzte Kategorie von Klagen, mittelst deren man dem Besitzer die Gewere abgewinnen kann, ist auf die Behauptung gestützt, dass man den Besitz der Sache kraft Erbrechts zu fordern habe. Die Klage entspricht der Römischen hereditatis petitio; ihr Begriff und ihre Voraussetzungen sind jedoch im Einzelnen festzustellen, da in dieser Hinsicht irrige Anschauungen vielfach verbreitet sind[1]).

Was zunächst die Voraussetzungen in der Person des Klägers betrifft, so sind alle diejenigen Fälle auszuscheiden, in denen das Erbrecht des Klägers nicht das eigentliche Fundament der Klage ist, sondern nur zu dem eigentlichen Fundament hinzutritt, um die Activlegitimation zu begründen. Rechte des Erblassers auf Zahlung einer Geldschuld, auf Herausgabe einer Mobilie, auf Besitzeinräumung eines Grundstücks können vom Erben geltend gemacht werden; die Klage muss von ihm aber ebenso substanzirt werden, wie sie der Erblasser hätte substanziren müssen, und ausserdem muss er noch seine Legitimation als Erbe hinzufügen.

Für Klagen um Grundstücke ergiebt sich diese Substanzirung der Klage sehr deutlich aus Richtst. Landr. c. 19. Der Erbe klagt auf Herausgabe eines Grundstücks, das der Verklagte dem Erblasser des Klägers aufzulassen versprochen hat. Nachdem die Führung der Erbeslegitimation in den bei-

---

Partei nimmt, aus den römisch-rechtlichen Vorschriften über jene Institute Rückschlüsse auf das Deutsche Recht zu machen; z. B falls man die rechte Gewere als Usucapion auffasst, unter die Voraussetzungen derselben bona fides des Besitzers zu zählen, oder daraus, dass man sie als praescriptio annalis ansieht, zu folgern, der Zeitraum von Jahr und Tag sei kein tempus continuum, sondern ein tempus utile gewesen

1) Auch die Darstellung von Siegel, das Deutsche Erbrecht. S. 189 ff. ist theils sehr unvollständig, theils in Folge der Combination nicht zusammengehöriger Fälle unrichtig.

den ersten Paragraphen erörtert worden, wird im § 3. die Klagen-Substanzirung auf das Gelöbniss des Verklagten gestützt:

„dat N. mines vorvaren gelt darumme hebbe upgeboret, dat he eme sin len laten scolde unde lovede eme dat" [2]).

Bei Klagen um Mobilien wird die völlige Identität der Klage des Erben mit der Klage des Erblassers mehrfach dadurch bekundet, dass die beiden Fälle, ob der Erblasser oder der Erbe klagt, gar nicht von einander geschieden werden[3]), und ganz allgemein sprechen die Goslar. Stat. S. 6. Z. 20. das Prinzip aus:

„Alle scult unde klaghe, de en to vörderende heft, de vörderet sin erve oft he sterft" [4]).

Alle diese Klagen characterisiren sich nicht als Erbschaftsklagen, weil bei ihnen das Erbrecht des Klägers den von ihm erhobenen Anspruch nicht begründet, sondern nur den Uebergang eines Rechtes des Erblassers auf ihn vermittelt. Diese Klagen sind daher den übrigen, bereits erörterten Klage-Kategorien einzureihen, unter der Erbschaftsklage dagegen ver-

---

2) Vgl. das Leipziger Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 168.

3) Vgl. z B. für die Rückforderung freiwillig weggegebener Sachen Systemat. Schöffenr. V. c. 5; für die Rückforderung abhanden gekommener Sachen Schwäb. Landr. c. 57 (Lassberg): *kumt der des ez ze reht ist oder sin erbe ob er tot ist, bereit er selbe dritte, daz ez sin was, do ez verstolen wart.* (Sachsensp. III. 31. § 1).

4) Die Behauptung Siegel's a. a. O. S. 190 u. S. 177 ff., dass die Klage des Erben und dass die Klage gegen den Erben stets eine dingliche sei, ist schon deshalb unhaltbar, weil das Deutsche Recht zwischen persönlichen und dinglichen Klagen überhaupt nicht unterscheidet, und wird durch die angeführte Stelle des Richtst. Landr. c. 19 direct widerlegt. Siegel hat auch keinen stichhaltigen Beweis dafür erbracht, denn dass der Erbe die Verpachtung eines Grundstücks nicht fortzusetzen braucht, sondern das Grundstück einziehen darf, beruht auf den Dispositionsbeschränkungen über Grundstücke; und dass der Ausdruck sich zu einer Sache ziehen in Sachsensp. II. 60. § 2. keine Beziehung auf den dinglichen Character der Klage hat, ist bereits oben S. 56. 88. ausgeführt worden.

stehen wir diejenige Klage, welche lediglich auf das Erbrecht gestützt wird.

Daraus ergiebt sich in Beziehung auf die Person des Verklagten, dass die Klage nur gegen denjenigen Besitzer durchgeführt werden kann, welcher anerkennt, dass die eingeklagte Sache zum Nachlass der Person gehört, als deren Erbe der Kläger auftritt. Leugnet der Besitzer, dass die Sache aus diesem Nachlass in seine Gewahrsam gelangt sei, so ist der Kläger genöthigt, seine Klage anders als durch blosse Berufung auf sein Erbrecht zu substanziren. Denn aus seinem Erbrecht folgt ja alsdann noch keineswegs ein Anrecht auf die geforderte Sache; er muss vielmehr dasjenige Recht behaupten und darlegen, welches sein Erblasser auf Herausgabe der Sache gehabt hat und welches auf ihn übergegangen ist; damit hört aber die Klage auf, eine Klage aus dem Erbrecht zu sein.

Die Quellen erwähnen allerdings öfters Fälle, in denen der Kläger seinen Anspruch lediglich auf sein Erbrecht stützt, der Verklagte dagegen einen speziellen Besitztitel geltend macht, demzufolge die verlangte Sache nicht zum Nachlass gehört. Allein in einem solchen Falle kann der Kläger niemals mit seiner Klage durchdringen und dem Verklagten die Gewere abgewinnen. Wir haben oben (§ 25.) bereits hervorgehoben, dass zur Substanzirung einer Klage um Grundstücke an und für sich Nichts weiter erforderlich war, als die Behauptung, „das vom Gegner besessene Grundstück gehöre dem Kläger". Dieser Behauptung ganz entsprechend ist die Substanzirung, „das vom Gegner besessene Grundstück habe dem Erblasser des Klägers gehört und gehöre folglich nunmehr dem Kläger"[5]. Einer solchen Klage gegenüber hatte aber der

---

5) Ein Formular für eine solche Klage enthält z. B. das Schöffenrecht der Dresdener Handschr. c. 238. (Wasserschleben S. 113): *Eyn*

Verklagte stets das Recht, mit Rücksicht auf seine Gewere sein Besitzrecht zu erweisen.

Dieser oben im Allgemeinen bereits dargelegte Grundsatz wird für den hier in Rede stehenden Fall mehrfach ausdrücklich bestätigt[6]).

Einer auf das Erbrecht gestützten Klage setzt der Besitzer entgegen, er habe das ligitiöse Viertel Landes von der Eltermutter der Klägerin gekauft; da Richter und Dingleute, vor denen die Gabe geschehen ist, verstorben sind:

> *so mag der das virteyl landes und seyne eygintliche gewere doczu selbsebinde yngesessen leuthen aws dem gerichte bas behalden, wenn seyne stifftachter ym von erbis wegen icht angewynnen moge* [7]).

In einem andern Falle setzt der im Besitz befindliche Verklagte der Erbschaftsklage den Einwand entgegen, das verlangte Object sei Eigenthum seines Vaters gewesen und der Erblasserin nur bis zu ihrem Tode geliehen worden.

Das Urtheil erkennt ihm das Beweisrecht dieser Behauptung zu [8]).

Derselbe Grundsatz findet auch Anwendung, wenn der Verklagte das Grundstück vom Erblasser selbst erworben hatte, es also nicht als Erbe, sondern auf Grund einer Gift oder Gabe besitzt. Nur muss — insbesondere nach Magdeburgischem Recht — jede solche Verreichung in gehegtem

---

man beclagit den andern: „das her ym seyn erbe mit gewalt und unrechte vorhilde, das zeynes vaters ader seynes eldirvatirs gewest were und wuste nicht mit welchem rechte her (der Verklagte) *das hylde*". Vgl. Magdeb.-Görl. R. Art. 35.

6) Wir sehen hierbei von solchen Stellen ab, in denen eine rechte Gewere der Klage entgegengesetzt wird, indem hier das Beweisrecht des Verklagten ohnehin zweifellos ist. Vgl. z. B. Bremer Ord. 6. (Oelrichs S. 70). Schöffen-Urth bei Wasserschleben I. S. 138. c. 5.

7) Magd. Sch.-U. bei Wasserschleben I. S. 246. c. 102. Vergl. Glogauer Rechtsb. c. 6.

8) Wasserschleben I. S. 371 ff. c. 20.

Dinge geschehen sein, wenn sie rechtsverbindliche Kraft haben soll[9]). Das oben S. 168. bereits erwähnte Magd. Sch.-U. bei Stobbe Beiträge S. 112 Nro. 40. spricht auf das Deutlichste aus, dass, wenn der Verklagte als Erbe besitzt, seine Gewere unerheblich ist, vielmehr das nähere Erbrecht entscheidet, dass er dagegen das Beweisrecht erlangt, wenn er einen Rechtserwerb unter Lebenden behauptet[10]).

Einem solchen Einwande konnte der Kläger in vielen Fällen allerdings mit der Replik begegnen, dass der Erblasser zu der Vergabung ohne Consens des Klägers nicht befugt gewesen und die Vergabung daher unwirksam sei. In diesem Falle ist seine Klage aber keine Erbschaftsklage, sondern eine auf das Anwartschaftsrecht gestützte Anfechtungs- oder Revocationsklage; nicht das Erbrecht des Klägers, sondern die Dispositionsbeschränkung des Auctors des Verklagten ist der eigentliche Gegenstand der Entscheidung. Der Verklagte erlangte freilich mit Sicherheit die Abweisung des Klägers nur, wenn er einen unanfechtbaren Erwerb angab. Daher sagen die

Goslar. Stat. S. 15. Z. 13. *Sculdighet en den anderen, dat he des sines wat hebbe, dat up ene gheerft si, bekant he des unde sprict, it si eme ghegheven, der ghift mot he vullenkomen, dat it ime de ghegheven hebbe, de des macht hedde to vorghevene also alse recht is. Ne det he des nicht, so mot he eme dat weder gheven de darup klaghet.* (Rechtsb. nach Distinctionen I. 28. d. 3.)

---

9) Magd.-Breslauer R. v. 1261. § 17. (Magd.-Görl. 23. Weichbildrecht v. Daniels. 46. — Mühler. 26. Systemat. Schöffenr. II. 1. c. 11. Kulm 2, 11.) Magdeb. Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 245. c. 100. 101.

10) Dass derselbe Grundsatz hinsichtlich der Mobilien Anwendung fand, werden wir unten bei der Erörterung des Anspruchs auf Heergeräth, Gerade u. Morgengabe darthun.

Diese Stelle darf aber nur von dem materiellen Recht verstanden werden; man darf sie nicht, wozu die Ausdrucksweise allerdings veranlassen kann, auf die prozessualische Substanzirung von Klage und Einrede beziehen; d. h. der Verklagte hat nicht die Pflicht, seinerseits die vollkommene Dispositionsberechtigung seines Auctors darzulegen und zu beweisen, sondern es genügt, wenn er den formell gültigen Erwerb vor Richter und Dingleuten darzuthun sich erbietet. Erst wenn der Kläger die materielle Rechtsbeständigkeit desselben angreift, wird sie Gegenstand der prozessualischen Verhandlung.

Deutlich veranschaulicht dies die Blume des Magdeb. Rechts I. c. 122. (Homeyer Richtst. Ldr. S. 348). Der Kläger fordert ein Grundstück kraft Erbrechts („*daz im anirstorbin sy nach rechtir sibbezal*"); der Verklagte wendet ein, er habe es gekauft und will seinen redlichen Kauf beweisen. Da entgegnet der Kläger replicando, dass ohne seinen Consens das Grundstück nicht veräussert werden durfte und dass er *an dy stat ny komen sy, do man sich pflyt erbeigin czu vorczien* [11]).

Eine besondere Art der Vergabung ist die Absonderung eines Kindes bei Lebzeiten des Vaters. Hat ein Kind als Abfindung auf seinen Erbtheil ein Grundstück erhalten und wird nach dem Tode des Vaters von einem Bruder verklagt, das Grundstück als zum Nachlass gehörig herauszugeben, resp. zur Theilung zu bringen, so kann das abgetheilte Kind auf Grund seiner Gewere sein Besitzrecht darthun und die Abweisung der Klage erlangen [12]).

---

11) Vgl. Delbrück Zeitschr. f. Deutsches Recht Bd. XIX. S. 113

12) Eine ausdrückliche Bestätigung scheint das Weichbildrecht bei Mühler zu enthalten; jedoch ist hier eine kleine Emendation erforderlich. Die beiden, der Naumburger Handschr. eigenthümlichen, Art. 60 und 61 sind fast gleichlautend und betreffen ihrem Wortlaut nach beide den Fall, dass ein abgetheilter Sohn klagt. Es ist nun im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass der Verf. denselben Rechtssatz zweimal hintereinander habe aufnehmen wollen und andererseits schliessen

In allen Fällen, in denen der Verklagte einen Spezialtitel geltend macht, ist die Behauptung des Klägers, das verlangte Grundstück gehöre zum Nachlass seines Erblassers, prozessualisch nichts Anderes, als ein Bestreiten des Besitzrechts des Verkagten und hat daher nur die Wirkung, dass der Verklagte sein Besitzrecht beweisen muss. Nach dem von uns aufgestellten System gehören daher diese Prozesse nicht zur Kategorie der Prozesse zur Gewinnung des Besitzes, sondern zur Kategorie der Prozesse zur Erhaltung des Besitzes; nicht das Erbrecht des Klägers, sondern das Besitzrecht des Gegners ist Gegenstand der prozessualischen Verhandlung und des Beweisurtheils.

Unter einer Klage von *erbes wegene* verstehen wir jedoch einen solchen Anspruch, der lediglich auf das Erbrecht gegründet und zugleich geeignet ist, die Gewere des Gegners zu brechen.

Diese wirkliche und eigentliche Erbschaftsklage kann daher nur angestellt werden

1) gegen denjenigen, der ohne einen eigenen Rechtstitel auf den Besitz der Sache zu prätendiren, dieselbe aus dem Nachlass an sich genommen hat, z. B. gegen Hausgenossen

---

die Abweichungen zwischen beiden Artikeln die Annahme aus, dass aus blossem Versehen derselbe Satz zweimal abgeschrieben worden ist; vielmehr liegt es sehr nahe, dass der eine Artikel den Fall betrifft, dass der Kläger abgeschichtet ist und auf sein Erbrecht verzichtet habe, der andere Art. dagegen den Fall behandelt, dass der Verklagte abgetheilt ist und die Einwerfung des ihm zugetheilten Grundstücks in die Nachlassmasse verweigert. In beiden Fällen wird die Erbschaftsklage zurückgewiesen. In dem letzteren Artikel haben nur die beiden Wörtchen *iene* und *he* ihre Stellen zu vertauschen, um den richtigen Text herzustellen. Der Artikel lautet: „*jene, derin der were bestorben is, spricht he daz, daz daz sin si von sinen elderen und jene* (lies *he*) *abegeteilet si mit wisselichem gute, also alse he* (lies *iene*, der Kläger) *zu rechte nichein erbe darane haben sull: darimme das he in der were is, darimme mac he das baz bewise mit bederven luten .... Daz sal he bewise selbe sebende uf den heiligen und damit hat he behalden sin gut*“.

des Verstorbenen, in deren Händen sein Nachlass sich noch befindet, oder gegen den Richter oder Rath, der wegen Abwesenheit von Erben den Nachlass in Asservation genommen hat.

2) gegen denjenigen, der selbst ein Erbrecht auf die Sache zu haben meint, und als solcher die Sache in Besitz hat.

Nach römisch-rechtlicher Ausdrucksweise kann die Klage nur gegen denjenigen Besitzer durchgeführt werden, der *pro possessore* oder *pro herede* besitzt.

Die deutsch-rechtliche *clage von erbes wegene* hat mithin eine grosse Verwandschaft mit der hereditatis petitio des Römischen Rechts; dagegen ergiebt sich aus dem entwickelten Begriff der Klage der tief eingreifende Unterschied derselben von der Vindication einer zum Nachlass gehörenden Sache Seitens des Erben im römisch-rechtlichen Sinne. Diese letztere Klage des römischen Rechts hat folgende Structur:

Der Kläger behauptet, sein Erblasser sei Eigenthümer der litigiösen Sache gewesen, indem er den Eigenthumserwerb desselben darlegt; er behauptet ferner, Erbe dieses Eigenthümers zu sein. Sind diese Behauptungen richtig, so folgt aus ihnen, dass er jetzt Eigenthümer ist und er fordert als solcher die Herausgabe. Das Fundament der Klage ist also das Eigenthum und die Klage daher in Wahrheit eine dingliche.

Die deutsch-rechtliche Klage lässt es dagegen, auch wenn sie eine einzelne Sache betrifft, ganz dahin gestellt, ob der Erblasser Eigenthümer derselben war oder nicht; der Eigenthumserwerb desselben kömmt nicht zur prozessualischen Verhandlung und richterlichen Feststellung. Es genügt, dass der Verklagte die Sache aus dem Nachlass genommen hat. Mit welchem Grunde sie überhaupt im Nachlass sich befunden hat, ist irrelevant, da ja sowohl der Kläger als der Verklagte ihre Rechte von dem Gestorbenen, gewissermassen als ihrem gemeinsamen Auctor, ableiten. Das Fundament der Klage ist

vielmehr nur die Behauptung, dass der Kläger ein besseres Recht als der Verklagte habe, die Sache aus dem Nachlass zu nehmen. Das Fundament der Klage ist demnach kein dingliches Recht, sondern lediglich das Erbrecht; sie hat keinen sachenrechtlichen, sondern einen erbrechtlichen, d h. in weitaus der Mehrzahl der Fälle einen familienrechtlichen Character.

Ob eine Vielheit von einzelnen Sachen, also ein gesammter Nachlass oder eine Quote desselben, oder ob eine einzelne zum Nachlass gehörende Sache Gegenstand des Prozesses ist, macht für den Character des Prozesses keinen Unterschied. Ebenso ist es im Allgemeinen für die Substanzirung der Klage, für die Zulässigkeit von Einreden und für die Vertheilung des Beweisrechts gleichgültig, ob eine bewegliche oder unbewegliche Sache gefordert wird, während allerdings die prozessualische Behandlung der Klagen hinsichtlich des Forums, der Fristen, der zu leistenden Prozessgewere u s. w. eine verschiedene ist, je nachdem sie Mobilien oder Immobilien betreffen. Die folgenden Erörterungen gelten daher, soweit nicht das Gegentheil ausdrücklich hervorgehoben wird, für Klagen um Mobilien und Immobilien gemeinsam.

Dagegen ist die practische Durchführung des Erbanspruchs in der Regel eine andere, wenn der Besitzer die Sache pro possessore inne hat, als wenn er sie pro herede besitzt. Behauptet der Besitzer selbst Erbe zu sein, so ist gewöhnlich ein wirklicher Prozess und eine gerichtliche Entscheidung über das bessere Erbrecht erforderlich; schreibt sich der Inhaber dagegen gar kein eigenes Recht auf den Besitz zu, so wird es in der Regel zu einem eigentlichen Prozess gar nicht kommen, sondern das Verfahren sich auf eine gerichtliche Erbeslegitimation beschränken. Es kann indess allerdings auch vorkommen, dass der blosse Detentor aus Nachlässigkeit oder bösem Willen es zur Verurtheilung kommen lässt, so wie dass ande-

rerseits ein Besitzer, der sich bisher für den nächsten Erben gehalten hat, auf Grund der vom Kläger geführten Legitimation ohne Weiteres die Nachlasssache herausgiebt.

Das „sich zu einem Erbe Ziehen" der mittelalterlichen Quellen kann daher prozessualisch eine doppelte Gestalt haben; entweder beschränkt es sich auf die gerichtliche Erbeslegitimation, oder es erfordert eine wirkliche Prozessführung, ein contradictorisches Verfahren mit Urtheilen; in dem letzteren Falle ist die Erbeslegitimation zugleich ein integrirender Bestandtheil dieses Verfahrens.

§ 40. Die Erbeslegitimation.

1) Die regelmässige Form der Erbeslegitimation besteht in einem Eide des Erben, der gewöhnlich durch Beibringung von Zeugen verstärkt werden muss. Nach dem Richtsteig Landrechts 19. § 1 a. E. muss dieser Eid *selfsevende* geleistet werden; die stadtrechtlichen Quellen verlangen jedoch nur den Eid selbdritt [1]) und nach einigen Magdeburgischen Urtheilen wird sogar der alleinige Eid für genügend erklärt [2]). Den Anlass zu dieser Erleichterung gaben wahrscheinlich die Vor-

1) Glogauer Rechtsb. c. 9. 641. 642. Magdeb. Sch.-Urth. bei Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 390 c. 37 und bei Stobbe Beiträge S. 123. Nro. 54. Sippzahlregeln bei Wasserschleben Successions-Ordnung S. 141. Art 25. und S. 162. c. 39. Weichbildglosse bei v. Daniels c. 286. Z. 40. Berliner Stadtbuch S. 117. Lübische Stadtbuchs-Einträge aus den XIV. Jahrh. bei Pauli. Abhandlungen III. S. 140. 141. und Lübische Urth. bei Michelsen Oberhof Nro. 75. 97. 133. 191. u a. Statutarrecht von Geseke Art 14. (Seibertz Urk.-Buch II. S. 476). Derselbe Grundsatz galt in Soest mit der Modification, dass Kinder und Brüder von der Beibringung von Zeugen befreit waren. Zusatz-Artikel 7. zur alten Schrae bei Seibertz Urk.-B. II. S. 415. Indess wird ausnahmsweise auch in den Städten der Beweiss selbsiebend erfordert. Vgl. z. B. Urk. v. 1383 im Urkundenb. der Stadt Göttingen Nro. 309.

2) Sch.-U. bei Böhme Dipl. Beytr. VI. S. 91. al. 3. Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 14. 86. Magd. Fragen I. 6. d. 1; I. 7. d. 4. 5. 7. Glogauer Rechtsb. c. 5. Magd.-Stendal. Urth. 9. § 1.

schriften des Sachsensp. I. 38. § 2. und II. 41. § 2, wonach die Erben des Reichsächters und desjenigen, dessen Grundstück befrohnet war, sich mit ihrem alleinigen Eide gegen den Richter zum Erbe ziehen dürfen [3]).

Der Inhalt des von der Partei zu leistenden Eides wird dahin angegeben:

„*dat he echt und recht gebaren, ok de negeste erve sy offt allike na* [4])“.

Es genügte indess nicht die blosse Behauptung, der nächste Erbe zu sein, sondern der Prätendent musste den Verwandschaftsgrad angeben und seine Verwandschaft durch Nennung der Personen specialisiren. Er

„*sal benumyn den, der daz erbe hot gelozin und wy nohe, daz her ym gesippit were und sal di mogeschaft, di her benumit hat, bewisin* [5])“.

Ein Beispiel enthält die „*widerrede*“ in dem Magd. Urth. bei Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 390. cap. 37 [6]).

---

3) Die Erklärung Hänel's Beweiss. S. 176, dass der alleinige Eid genüge, wenn es sich nur um eine Bescheinigung dem Richter gegenüber handelt, der Beweis selbsiebend dagegen erbracht werden müsse, wenn die personenrechtlichen Umstände in einem förmlichen Rechtsstreite geleugnet wurden, ist sachlich höchst ansprechend, aus den Quellen aber nicht zu erweisen, und ignorirt die weitverbreitete Erbeslegitimation selbdritt.

4) Lüb. Recht bei Hach IV. c. 74. Vgl. Statut v. Hörde v. 1340. § 11. (Gengler Stadtr. S. 199) „... *dey sich myt rechte bewysede dar tho echt unde recht und eynweldich*“.

5) System. Schöffenr. IV. 2. c. 11. Magd. Fragen I. 7. d. 4. Uebereinstimmend wird in allen Stellen das *benumen* oder *benennen* der *mogeschaft* oder *sippeczal* verlangt. Syst. Sch.-R. IV. 2. c. 86. Magd. Frag. I 6 d. 1; I. 7. d. 5. 7. Sippzahlregeln a a. O. S. 162. Art. 39. Ebendaselbst S. 141. Art. 25. wird erläuternd hinzugefügt: *Auch musz man den namen und den czunamen eigentlich anczeigen wie der vorstorbene geheissen habe, do sie von geborenn sein und dasselbige beczeugenn und beschweren als r. ist.*

6) Dass in dieser Beziehung das Lüb. R von dem Magd. nicht abwich, ergiebt die Nieder-Stadtbuchs-Inscription von 1386 bei Pauli III. S. 141.

Was dagegen den Inhalt des von den Zeugen zu leistenden Eides anlangt, so ist derselbe zwar keineswegs ein blosser Bestärkungseid, der die Credulität des Eides der Hauptpartei betrifft, sondern die Zeugen müssen „*von der mogeschafft czu sagen wissen* [7])"; allein wir haben ein Magdeb. Urth. [8]), in welchem ausdrücklich ausgesprochen wird, dass der Zeuge die Personen, auf denen die Verwandschaft beruht, nicht namhaft zu machen braucht.

„*Wil Mathis W. der frawen helffin geczugen ire mogeschafft, dy sy benumet hat, so mus her vorrechtin, daz ym dy mogeschafft wissintlich sey . . . unde Mathis ne darff uff keyne personen swern ader geczugen nach Med. R.*"

In Hinsicht auf die Person der Zeugen war die Erbringung der Erbeslegitimation in mehrfacher Hinsicht erleichtert. Erstens waren Frauen zur Zeugniss-Ablegung qualifizirt [9]); zweitens brauchten die Zeugen, auch wenn es sich um Grundstücke handelte, nicht erbgesessen zu sein, sondern es genügten unbescholtene Leute (*bewisen mit framen lüden*), sollten sie auch von Almosen leben [10]), endlich waren auch Verwandte zulässige Zeugen [11]).

2) Die eben beschriebene Art der Erbeslegitimation konnte nur bei demjenigen Gerichte geschehen, von welchem die Ausantwortung des Nachlasses verlangt wurde. Abwesende mussten sich daher in diesem Gerichte persönlich einfinden, um den ihnen obliegenden Eid zu leisten, und mussten für die Beschaffung der erforderlichen Zeugen sorgen. Dieser Verpflich-

---

7) Glogauer Rechtsb. c. 9.

8) Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 391.

9) Glogauer Rechtsb. c. 9. 642.

10) Lüb. Recht (Hach) IV. c. 74. Zusatz-Art. 7. zur alten Schrae von Soest. (Seibertz II. S. 415).

11) Magd. Frag. I. 9. c. 6. (Dresd.) Schöffenr. 105 a. E. bei Wasserschleben I. S. 98.

tung konnten sie sich auch dadurch nicht entziehen, dass sie ihre Ansprüche an den Nachlass veräusserten, denn

„nymant mag syn anirsturben erbe vorkouffen, her erwerbe is tzuvor, das her des gewaldiget werde yn dem gerichte, dor daz erbe ynne bestorben ist“ [12]).

War der Erbe durch Krankheit oder andere dringende Ursachen gehindert, sich persönlich beim Nachlass-Gericht einzufinden, so konnte er bei dem Gericht seines Heimaths-Ortes seine echte Noth beweisen und eine gerichtliche Vollmacht zur Geltendmachung seines Erbrechts ertheilen. Der Bevollmächtigte musste alsdann den Erben vertreten d. h. persönlich beim Nachlassgerichte sich einfinden und dort selbdritt die Erbeslegitimation ganz ebenso führen, wie sie der Erbe selbst hätte führen müssen [13]).

Von diesem, im Gebiete des Magdeburgischen Rechts geltenden Grundsatze, der viele Unbequemlichkeiten nach sich ziehen musste, wich das westphälische und niedersächsische Recht ab. Dasselbe gestattete nämlich Auswärtigen, sich bei ihrem Heimathsgerichte als Erben zu legitimiren und dies durch ein Erbeslegitimations-Attest, eine sogenannte *Toversicht*, darzuthun; so dass das eigentliche Legitimationsverfahren von dem Nachlassforum nach dem Forum des Domizils verlegt wurde.

Zusatz 8. zur Alten Soester Schrae (Seibertz II. S. 415.): *Wey van buten binnen unse stadt umme erve kommet, dey moit sik bringen ein Toversicht mit anhengenden siegel der stad, dair he inne wonet, dat vermöge syner Sibbiege und dat sy gut vor namanen wesen willen* [14]).

---

12) Alter Kulm. IV. c. 110. (Syst. Schöffenr. S. 183).

13) Vgl. das Magd.-Sch.-U. Nro. 54. bei Stobbe Beiträge S. 122. und die Sippzahlregeln bei Wasserschl. Succ.-Ord. S. 162. c. 39.

14) Vgl. das Privilegium v. 15. Aug. 1251 über die Erbeslegitimation der lübischen Kaufleute in Schweden im Lüb. Urk.-Buch II.

Diese ausserordentliche Art der Erbeslegitimation hat allmählig aber auch im Magdeb. Rechtsgebiete Eingang gefunden. Schon in der dritten Sammlung Magdeburger Schöffenurtheile des Codex Bregensis hat das aus der ersten Sammlung[15]) wiederholte Urtheil die Ueberschrift:

Wie vil und was ein man geczug haben sal czu beweisene an irstorben erbe, der nicht briefe czu seiner beweisunge hot[16]).

In dem Rechtsspruch bei Wasserschleben I. S. 255. c. 117. legitimirt sich der Kläger als unabgesonderter Bruder „*mit eym furstlichen briffe, des briffes abeschrifft wir ouch mitte sendin.*"

Auch das Berliner Stadtbuch (Fidicin) S. 117. gestattet die Erbeslegitimation mit einer *orkunde von gesworen lude an open brive, dat her die negste tu deme erve sy*"[16a]).

3) Der Nachlass-Besitzer, welcher sich selbst ein Recht auf den Nachlass nicht zuschrieb, sondern blosser Inhaber war, konnte der Erbeslegitimation keine materiellen Einreden entgegenstellen. Die Erbeslegitimation war kein contradictorisches Verfahren, sondern eine einseitige Prozedur, eine formelle Bescheinigung des Rechts. Insbesondere war der Ein-

Nro. 22. S. 17. 18. – Beispiele solcher Atteste sind u. a. die Urk. der Stadt Dortmund v. 1262 im Lüb. Urk.-Buch I. Nro. 263. S. 242. von Lippstadt v. 1281. ebend. Nro. 409. S. 373; von Pyrmont v. 1296. ebend. Nro. 648. S. 581; des Schöffengerichts zu Münster von 1275 ebendas. Nro. 368. S. 342; des Grafen Theodor von Cleve v. 1274. ebend. II. Nro. 43. S. 34; der Herren von Werle von 1344 ebend. Nr. 804. S. 749. Urk. der Consuln von Hannover v. 1361 im Urk.-B. der Stadt Hannover Nro. 398. Urk. v. 1349 und v. 1383 im Urk.-B. der Stadt Göttingen Nro. 180. 309. Nach der Erbsatzung von Dorsten § 5. (Gengler. Cod. jur. munic. I. p. 833) kann bei Ertheilung der toversicht eine Erbschaftssteuer von 10 Procent erhoben werden.

15) Böhme Dipl. Beyträge VI. S. 91. Abs. 3.

16) Böhme VI. S. 129. Abs. 3.

16a) Vgl. Urk. v. 1481 bei Kühns Gesch. d. Ger.-Verf. II. S. 395. N. 606.

wand unzulässig, dass ein Dritter ein besseres Erbrecht als der Prätendent habe. Ein solcher Einwand wurde nicht zum Beweise gestellt und konnte die Pflicht zur Herausgabe des Nachlasses nicht abwenden[17]. Allein theils um den Inhaber des Nachlasses gegen die Ansprüche eines etwa nachträglich sich meldenden näheren Erben zu sichern, theils im Interesse unbekannter und abwesender Erben musste der Prätendent, der die Herausgabe des Nachlasses forderte, Caution stellen, dass kein näherer Erbe binnen Jahr und Tag Rechte geltend machen werde[18].

Wurden nur Mobilien gefordert, so genügte eine gelobte Gewere d. h. eine eidliche Caution.

Sachsenspiegel II. 15. § 2. *Lovet aver en man ene gewere, dar he herwede oder erve vorderet, oder vrowen die rade vorderet oder ienege varende have . . .*[19].

Waren dagegen Immobilien im Nachlass, deren Herausgabe gefordert wurde, so musste die Caution mit Grundstücken, die im Gerichtssprengel gelegen waren, geleistet werden. Der Erbprätendent:

„sal vorgewissin daz erbe mit stendim eygin in deme gerichte“[20].

Oder es wurde ohne Rücksicht darauf, ob Mobilien oder Immobilien von Erbes wegen gefordert wurden, die Cautionsstellung durch Bürgen verlangt.

---

17) Goslar. Statut. S. 14. Z. 19—24. Systemat. Schöffenrecht IV. 2. c. 43. (Magd. Frag. I. 7. d. 2. Dresdener Schöffenrecht c. 74 bei Wasserschleben I. S. 88. Kulm IV. 85).

18) Auch ehe der Rath einer Stadt seinen Bürgern ein Erbeslegitimations-Attest ausstellte, liess er sich von ihnen Caution leisten. Beispiele im Urkundenb. der Stadt Hannover. Nro. 392. 433.

19) Systemat. Schöffenr. II. 2. c. 68. (Böhme VI. S. 105. Abs. 5). Glogauer Rechtsb. c. 124. Weichbild (v. Daniels) 113. § 2.

20) Systemat. Schöffenrecht IV. 2. c. 44. 45. Magdeburger Frag. I. 7. d. 4. 5.

Statuta Susatensia § 52. *Quicumque aliquem in judicio convenit de hereditate vel de herwadio vel de gerathen plenam ei warandiam et fidejussionem ad annum et diem legitimum praestabit, antequam alter respondere teneatur*[21]).

4) Die rechtlichen Wirkungen des im Vorstehenden dargestellten Verfahrens entsprachen dem Character einer einseitigen Prozedur. Es wurde nicht das Erbrecht des Prätendenten durch ein Urtheil einem Gegner gegenüber anerkannt, und es wurden ihm die Nachlassgegenstände nicht adjudizirt, sondern sie wurden ihm nur geweldiget d. h. es wurde ihm daran Besitz, Nutzung und Verwaltung zugesprochen[22]). Daraus folgt:

a) Es konnte ein dinglich Berechtigter, der z. B. mit der Behauptung auftrat, die Sache gehöre nicht zum Nachlass, sondern sei sein Eigenthum, der Einweisung und Geweldigung binnen Jahr und Tag widersprechen, ohne dass der eingewiesene Erbe das Recht gehabt hätte, die Einsprache als präcludirt zurückzuweisen oder das Beweis-Vorrecht zu beanspruchen[23]).

b) Es konnte ferner ein besser berechtigter Erbe nachträglich die Herausgabe des Nachlasses verlangen, ohne dass ihm die Einweisung an seinen Rechten schädlich gewesen wäre.

Stadtrecht von Rüthen Art. 102. (Seibertz II. S. 90.) *We to Ruden sterffgut indegedinget myt richte ind myt rechte, de sal darynne sitten, winte men ene myt merem*

---

21) Alte Soester Schrae Art. 60. (Seibertz II. S. 394.) Verdener Statut v. 1330. § 5. (Gengler Stadtr. S. 509.) Magd Fr. I. 6. d. 1. Urk. v. 1462 im Hoyer Urk.-Buch Erste Abtheil. Nro. 503. (Heft 3. S. 333). Vgl. Pauli Abhandl. Bd. III. S. 138.

22) Vgl. Alter Kulm IV. 110.

23) Magdeb. Fragen I. 6. d. 1.

rechte darut sette. Sunder we gelike na ys in der zibbe de is like na deme erve[24]).

§ 41. Die Klage des Universal-Erben.

Zur Substanzirung einer Erbschaftsklage auf Grund der nächsten Verwandschaft war Nichts weiter erforderlich, als die Erbeslegitimation (Activlegitimation) und die Behauptung, dass der Verklagte im Besitz des geforderten Nachlasses resp. der Nachlasssache sei. (Passivlegitimation.) Diese beiden Bestandtheile hebt der Richtst. Landr. 23. § 1. hervor. Zunächst erklärt der Kläger:

Her richter, N. biddet dat gi bekennen edder eme gunnen, dat he dat bewisen mute, dat he N. rechte erve si.

Wird die Erbeslegitimation als gerichtskundig anerkannt oder in der im vorigen Paragraphen erörterten Weise geführt, *so secge he vort: Her richter, so claget he ju, dat N. si gekomen unde heft sic sines deles underwunden*"[1]).

Der Verklagte konnte jede sachliche Einlassung auf die Klage verweigern, wenn nicht der Kläger zuvor seine Erbeslegitimation führte.

Glogauer Rechtsb. Cap. 170. *Spreche her* (der Verklagte): *ich begere, daz der cleger dy maginschafft beweist; wenne her dy beweist hat also rechte ist, so wil ich meyn erbe vorentwerten: daz bekommet her billich v. r. w.*[2]).

---

24) System. Schöffenr. IV. 2. c. 43—45. Magd. Fragen I. 7. d. 2. 4. 5. Sch.-Urth. bei Wasserschleben Rechtsqu. I. S. 107. c. 210.

1) In ähnlicher Weise berichtet über die Begründung von Erbansprüchen die Urk. v. 1331 im Lübisch. Urk.-Buch II. Nro. 531. S. 481: Primo ipse Arnoldus hereditatem et alia bona extorquebat postulando, dicens: „se bona et hereditatem cum eis habere, quae juste cum eo distribuere deberent". Altera vero pars negabat, „quod nulla bona nec aliqua hereditas esset in possessione eorum, quae ipsi cum dicto Arnoldo distribuere vellent nec deberent".

2) Vgl. das Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 335. c. 186.

Der Richter hatte ebenfalls die Befugniss, die Führung der Erbeslegitimation zu verlangen, wegen seines Anrechts auf vacante Erbschaften. Nach der Fassung des Richtst. Landrechts 19. § 1. wird die Legitimation dem Richter gegenüber geführt, denn der Kläger soll, wenn der Richter seine Erbenqualität nicht anerkennt, um ein Urtheil fragen:

na deme dat it dem richter nicht witlik en is, wo he it eme witlik tu rechte maken scole.

Die Passivlegitimation konnte im Bestreitungsfall der Kläger durch leibliche Beweisung führen. Bei Immobilien war dieselbe der Natur der Sache nach stets leicht möglich und zu einem Beweisverfahren war wol selten Anlass; bei Mobilien dagegen konnte der Verklagte, wenn er nicht durch leibliche Beweisung überführt wurde, seine Passivlegitimation durch den Eid, die verlangte Sache nicht zu besitzen, widerlegen[3]).

Was die Vertheidigung des Verklagten in der Sache selbst anlangt, so konnte er dem klägerischen Anspruch auf verschiedenen Wegen begegnen, welche wir in ähnlicher Weise auch bei den andern Arten von Klagen unterschieden haben. Er konnte nämlich die Abweisung der Klage als zur Zeit unzulässig fordern, er konnte ferner das Erbrecht des Klägers, also das Klagefundament, bestreiten, er konnte endlich ein eigenes besseres Erbrecht dem Kläger gegenüberstellen.

1) Der Verklagte behauptet, die Klage sei zur Zeit unzulässig.

Dieser Einwand kann in zweifacher Form erhoben werden:

a) Der Klage auf Ausantwortung von Nachlassgegenständen kann entgegengehalten werden, dass sie zu früh angestellt sei, wenn die Herausgabe vor dem Dreissigsten gefor-

3) Sachsenspiegel I. 15. § 4 Dresdener Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 302 c. 161. Magd.-Sch.-U. bei Walch Beiträge Bd. VIII. S. 292. Nro. 18. Magd.-Stendal. Urth. 26. § 1.

dert wird[4]). Ein Beispiel aus der Praxis liefert das **Magd. Schöffen-Urth.** bei **Wasserschleben** I. S. 283. c. 147. Der auf Herausgabe der Niftelgerade belangte Wittwer frägt: *„ab ich vor dem dreiszigisten icht phlichtig byn zcu gebin,“* worauf erkannt wird, dass er nicht verpflichtet sei.

Sowie nun aber der Erbe das Recht hatte, zur Wittwe auf das Grundstück zu fahren, *„durch dat he beware, dat des icht verloren werde, des an in gedrepe“*[5]), so hatte derjenige Erbe, welcher einen Anspruch auf Gerade oder Heergeräth hatte, das Recht, mit dem Richter und mit Schöffen die vorhandenen Gerade- und Heergeräthsstücke in Augenschein zu nehmen und ihr Vorhandensein gerichtlich festzustellen[6]), und die Ablieferung der Schlüssel zu den Behältnissen, in denen sich diese Stücke befanden, zu fordern. Wurde dies vom überlebenden Gatten verweigert, so musste er Gerade und Heergeräth sofort herausgeben[7]).

b) Das Gegenstück zu dieser Einrede ist die Behauptung, die Klage sei **verjährt**. Nach dem Rechte des **Sachsenspiegels** I. 28. 29. verjährt die Geltendmachung des Erbrechts an Mobilien binnen Jahr und Tag, an Immobilien binnen 30 Jahren und Jahr und Tag. Diese Sätze werden vielfach

---

Stadtr. v. **Rüthen** Art. 92. (**Seibertz** II. S. 89). Urk. v. 1268 im **Lüb.** Urk.-B. I. Nro. 303. S. 288. Urk. v. 1331 **ebend.** II. Nro. 531. S. 481. Vgl. oben § 11.

4) **Homeyer.** Der Dreissigste S 214 ff (Abhandl. der Kgl. Academ. der Wissensch. Philos.-histor. Kl. Jahrg 1864). **Sachsensp.** III. 15. § 2, womit die bei **Homeyer** a. a. O. S. 170. Nro. 42—46 citirten Parallelstellen, sowie die Quellenbelege daselbst Nro. 12. a. E. Nro 53. 56. 57. 100. 113. zu verbinden sind.

5) **Sachsensp.** I. 22. § 1. **Homeyer** a. a. O. S. 201 ff.

6) **Donyn'sches Sch.-U.** bei **Wasserschleben** I. S. 372. . . . . *czwene kasten, czwene schrine, dorynne sint bethen, kussen, mit andirn stucken, dy besen sint.*

7) **Glosse zum Weichbildrecht** Art. 23 bei v. **Daniels** c. 286. Z. 13 ff.

durch andere Quellenzeugnisse, namentlich in Betreff der Frist von Jahr und Tag, bestätigt[8]. Alle diese Stellen handeln allerdings nur von erblosen Hinterlassenschaften d. h. solchen, bei denen kein Erbe anwesend ist, und betreffen das Recht des Gerichtsherrn oder des Stadtmagistrats, den Nachlass nach Jahr und Tag zu seinem Nutzen zu verwenden. Man kann daher nur aus der Analogie dieser Bestimmung schliessen, dass auch einem entfernteren Erben gegenüber die Klage des näheren Erben wegen eines Mobiliar-Nachlasses in derselben Frist verjähre; dies wird aber dadurch bestätigt, dass der Erbe, der sich zu einem Nachlass zieht, nur für Jahr und Tag für den Fall Caution zu leisten hat, dass ein besser berechtigter Erbe sich melden sollte[9].

Was die Verjährung an Immobilien aber anlangt, so hat die Fassung des Sachsenspiegels:

An egene unde an huven mach sik die sasse verswigen binnen drittich jaren unde jar unde dage unde er nicht.

---

8) Vgl. Breslau-Magd. R v. 1261 § 41. und die daraus abgeleiteten Stellen; Magd.-Stendal. Urth. 15. § 2. und dazu Behrend S. 76. Note 6; Culm IV. 109; Goslar. Stat. S. 9. Z. 1; Distinct. I. 20. d. 2; Lüb. Recht Cod. I. Art. 19; Cod. II. Art. 26; Urkunde v. 1347 im Lüb. Urk.-B. II. Nro. 1099. S. 1082; Stadtrecht von Hagen Art. 7. (Seibertz Urk.-B. I. p. 57); Lippe'sches Recht f. Eversberg § 11. (Seibertz II. S 37); Privileg. f. Bremen von 1186. § 2. (Gengler Cod. jur. munic. I. p. 318); für Bodenwerder v. 1287. § 24. (eodem I. S. 247); Erbsatzung von Dorsten § 3. (eodem I. p. 833); Privileg. f. Aachen v. 1423. (eodem I. p. 7); Braunschweiger Stadtrecht § 44. Zusätze zu den Erfurter Statuten bei Walch II. S. 29. 30. Grimm Weisthümer III. S. 37. 243. Vgl. ferner Albrecht Gewere Note 265. v. Sydow Darstell. des Erbrechts Note 978—982. Heydemann Joachim. Constitution S. 247. Siegel Erbrecht S. 152 u. 205 und die daselbst angeführten Stellen.

9) Sind mehrere Miterben im gemeinsamen Besitz des Nachlasses, so kann vor Beendigung des Mitbesitzes eine Verjährung nicht beginnen. Freiberger Statuten V. 32. (Schott III. S. 179). *Wo eigin unde erbe irstirbit an kindir, diwile di kindir bi einandir sin ungesundirt, so mac sich daz erbe nicht vorjerin.*

bekanntlich späteren Rechtsquellen[10]) und der Doctrin Anlass gegeben, eine allgemeine Extinctivverjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen bei allen Klagen um Grundstücke anzunehmen. Die Stelle des Sachsenspiegels bezieht sich aber, wie sich aus dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden Artikel ergiebt, nur auf die Einforderung von Nachlassgrundstücken mittelst der Erbschaftsklage. Nach dem Begriff dieser Klage ist daher die 30jährige Frist nur gewährt gegenüber dem Richter oder einem Besitzer, der das Grundstück pro herede oder pro possessore inne hat. Dies bestätigen die Quellen ausdrücklich:

Richtsteig Landr. 27. § 2.: *na deme dat erfeigens recht jegen de erven unde jegen den richter si, dat me sic binnen druttich jaren nicht vorswigen moge*[10a]*)*.

Glosse zu Sachsensp. I. 70. *Ist es aber eygen, do magk sich der erb nit an verschweygen kegen dem andern erben, der von erbswegen doreyn geweiszt ist, wenn yn* 30 *jaren und jar und tagk.*

Systemat. Schöffenr. III. 2. c. 7. *Wenne wir ebenburtig syn von vatir und von mutir und sichs nicht czwischin geswisteredin vorjaren mag umme erblich gut*[11]*)*.

Es ergiebt sich hieraus zugleich die Beantwortung der Frage, inwiefern der Besitzer eines Nachlassgrundstücks dem wahren Erben den Einwand der rechten Gewere entgegensetzen kann.

---

10) Vgl. auch die Urtheile von 1314 und von 1385 bei Sudendorf Urkundenbuch Bd. I. Nro. 237 S. 140 u. Bd. VI. Nro. 118. S. 136. Z. 32.

10a) Auch im Richtst. Landr. 23. § 7. wird der Einwand erwähnt bei einem Erbschaftsstreit unter zwei Erbprätendenten.

11) Vgl die Magdeb. Sch.-Urth. bei Stobbe Beiträge Nro. 55. S. 123 u. bei Wasserschleben I. S. 248. c. 107. Ferner Wasserschleben I. S. 218. c. 68; S. 429 c. 85.

Bei der eigentlichen Erbschaftsklage ist dieser Einwand unzulässig, da sie nur gegen denjenigen angestellt werden kann, der als Erbe oder ohne Rechtstitel besitzt und diesem gegenüber die Klage des Erben erst in 30 Jahren und Jahr und Tag verjährt[12]). Beruft sich dagegen der Verklagte auf einen Rechtserwerb vom Erblasser selbst oder hat Jemand von dem Pseudo-Erben, der sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, das Grundstück erworben; würde demnach der Kläger zur Durchführung seiner Klage genöthigt sein, darauf zurückzugehen, dass der Auctor des verklagten Besitzers wegen des Wartrechts oder wegen des näheren Erbrechts des Klägers zu der Veräusserung des Grundstücks nicht befugt gewesen sei, so kann dieser Klage gegenüber, die sich nach unserem Klagen-System nicht als Erbschafts-, sondern als Anfechtungsklage characterisirt, der Einwand der rechten Gewere allerdings entgegengestellt werden, ohne dass die Frist von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen des Sachsenspiegels I. 29. hier Platz greift[13]).

2) Der Verklagte bestreitet das Erbrecht des Klägers.

Das einfache Bestreiten, dass der Kläger in dem von ihm angegebenen Verwandschaftsgrade zum Erblasser stehe, hat keine andere Bedeutung, als dass der Verklagte die vorschriftsmässige Erbeslegitimation verlangt. Führt der Kläger dieselbe, so ist dadurch der Widerspruch des Verklagten beseitigt.

---

12) Eine Ausnahme macht das Magdeb. Recht, wenn Jemand auf Grund einer Erbeslegitimation gerichtlich in den Besitz der Nachlassgrundstücke eingewiesen worden ist. Vgl. § 37. Note 62.

13) Dies wird bestätigt im Schöffenrecht der Dresdener Hdschr. c. 106. 224. 238. (Wasserschleben I. S. 92. 112. 113). Systemat. Schöffenrecht III. 2. c. 8. Culm IV. 109. Magd. Fragen I. 6. d. 4. Bremer Ordel 6. (Oelrichs S. 70) u. a.

Das Erbrecht hat jedoch noch andere Voraussetzungen als die Verwandschaft, die bei der Erbeslegitimation nicht ausdrücklich angegeben und bewiesen werden, weil man sie als vorhanden voraussetzt. Wer sich als frei ausgiebt, braucht, zumal wenn er seine Blutsverwandschaft mit einem Freien darlegt, nicht noch besonders zu beweisen, dass er frei sei [14]). Ebenso wenig braucht die Erbeslegitimation speziell auf die eheliche Geburt gerichtet zu werden oder darauf, dass der Erbprätendent sein Erbrecht nicht verwirkt habe. Diese Vermuthungen greifen jedoch nur Platz, so lange ihnen nicht ausdrücklich widersprochen wird.

Der Verklagte konnte demnach seinen Widerspruch motiviren, indem er bestimmte positive Behauptungen aufstellte, aus denen sich die Erbunfähigkeit oder der Verlust des Erbanspruchs Seitens des Klägers ergab. Derartige Einreden sind folgende:

a) Der Kläger sei unebenbürtig. Dieser Einwand musste näher specialisirt werden durch Angabe des Grundes oder der Art der Unebenbürtigkeit; nach dem Ausdruck des Richtst. Landr. 24. § 1. „*dar na, dat de unevenbort gelegen is.*“ Es konnte also dem Kläger z. B. vorgeworfen werden, er sei unehelich geboren, oder er sei von Geburt unfrei, oder, soweit innerhalb der Freiheit ein besonderer Stand in Frage kam, er sei von schlechterem Geburtsstande als der Erblasser, oder, wenn es sich um den Nachlass eines Dienstmannes handelte, der Kläger gehöre einem andern Fürsten und dergl. Ein solcher Einwand stellt sich als eine Widerlegung der vom Kläger angebotenen oder nur in Beziehung auf seinen Verwandschaftsgrad geführten Erbeslegitimation dar und ist vom Verklagten selbsiebent zu beweisen [15]).

14) Sachsensp. III. 32. § 1. Weichbildr. (v. Daniels) 4. § 3.

15) Sachsensp. III. 28. § 1; 32. § 1. Richtst. Lehnr. 24. § 10. Goslar. Stat. S. 76. Z. 17. Distinctionen I. 21. d. 2. Weichbild-

Der Kläger konnte aber seinerseits seine Erbeslegitimation hinsichtlich des angegriffenen Punktes ergänzen, und seine eheliche Geburt [16]), oder, soweit dieselbe als rechtswirksam anerkannt war, seine Legitimation [17]), seine Freiheit [18]), seine Ebenbürtigkeit [19]), seine Qualität als Dienstmann desselben Fürsten, dem der Erblasser angehört hat [20]), selbsiebent beweisen; und zwar der Regel nach mit drei Verwandten seines Vaters und drei Verwandten seiner Mutter [21]) Dadurch schnitt er dem Gegner die Möglichkeit ab, „sein Echt und sein Recht" zu beschelten und durch Zeugen zu widerlegen [22]).

b) Der Kläger sei erbunfähig geworden. Dahin gehört die Behauptung, der Kläger sei gerichtlich in die Ober-

---

recht 32. § 1. Magd.-Stendal. Urth. 3. § 6. — Vergl. Eltviller Schöffenspr. bei Bodmann Rheingauische Alterth S. 671.

16) Sachsensp. III. 28. § 1. Gosl. Stat. S. 76. Z. 19. Richtst. Landr. 24. § 2. Magd.-Stendal. a. a. O. Magdeb. Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 411. c. 58. Dresdener Sch.-Urth. ebendas. I. S. 319. c. 172.

17) Rechtsb. nach Distinctionen I. c. 5. d. 3. Vgl. die Bemerkung Homeyers zum Görlitzer Landr. 32. § 5. (Sachsensp. II. 2. S. 184).

18) Sachsensp. III. 32. § 5. Magd.-Bresl. Recht v. 1261. § 50. Weichbildr. Art. 4. § 1. Hannöversch. Stadtr. im Vaterländ. Archiv des hist. Vereins für Niedersachsen v. 1844. S. 398.

19) Nach Analogie von Sachsensp. I. 51. § 4. Vgl. auch Sachsenspiegel I. 19. § 1.

20) Richtst. Landrechts 24. § 3. Urkunde Nro. 39 bei Seibertz Urk.-B. I. S. 44. 45. — Vgl Bodmann Rheing. Alterth. S. 259. 260.

21) Der Zeugenbeweis konnte Seitens eines Ausländers auch ersetzt werden durch ein Legitimations-Attest seiner Heimathsbehörde, ein sogen. Echtzeugniss. Beispiele dafür sind die Urkunden v. 1297 im Lüb. Urk.-B. II. Nro. 98. 99. S. 78.

22) Das Magd.-Stendaler Urth. 3. § 6. scheint nicht auf einen Nachlassprozess, sondern auf einen Diffamationsprozess sich zu beziehen. Indess müssen für den Beweis in beiden Fällen die gleichen Regeln gelten. Zunächst hat derjenige, *de mit unechte besproken wert*, die Befugniss, seine eheliche Abstammung selbsiebent zu beweisen. Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauch, so kann sein Gegner selbsiebent die uneheliche Geburt bezeugen; kann derselbe diesen Beweis nicht erbringen, so hat er Busse und Gewette verwirkt. Vgl. Behrend S. 17. Anm. f.

acht erklärt worden; da eine gerichtliche Handlung in Frage steht, so kann der Einwand nur durch Gerichtszeugniss erwiesen werden, welches mit dem Richter selbsiebent zu erbringen ist [23]). Ferner der Einwand, dass der Erbprätendent zwar frei geboren sei, sich selbst aber *vor gerichte tu egen gegeven hedde* [24]). Oder, der Kläger sei in ein Kloster eingetreten und habe aus diesem Grunde das Erbrecht eingebüsst; auch diesen Einwand erweist der Verklagte, und zwar, da es sich nicht um einen gerichtlichen Act handelt,

an den monicken, dar he begeven was, oder an seven mannen siner genoten, de ine in dem levende hebbet gesien [25]).

In diesen Fällen kann der Kläger durch Bestreiten das Beweisrecht nicht gewinnen. Bei dem vorhin erwähnten Einwande kann der positiven Behauptung des Verklagten, der Kläger sei unfrei oder unehelich von Geburt, die ebenso positive Behauptung gegenüber gestellt werden, er sei frei oder ehelich geboren; daher hat in erster Linie der Kläger das Recht, seine Freiheit und Ehelichkeit zu erweisen, und erst in zweiter Reihe gelangt der Verklagte zum Erweise seiner Behauptung. Bei den gegenwärtig in Rede stehenden Einwänden dagegen stellt der Verklagte die Behauptung einer positiven, concreten Thatsache auf, der der Kläger nur eine reine Negation entgegen halten kann. Daher kann er nicht selbst zum Beweise dieser Negation gelangen, sondern nur den Gegner zur Erbringung seines Beweises zwingen [26]).

---

23) Richtst. Landr. 24. § 2. Vergl. Sachsensp. III. 28. § 2. Magd.-Görl. Art. 132.

24) Richtst. Landr. a. a. O. Sachsensp. III. 32. § 2. a. E.

25) Sachsenspiegel I. 25. § 3; II. 22. § 3. Goslar. Stat. S. 10. Z. 3ff. Distinctionen I. 19. d 3. Magd.-Bresl. R. § 61. Freiberger Statuten V. 6. (Schott III. S 173). Magd. Frag. I. 10. d. 1. und die von Behrend zu dieser Stelle angeführten Parallelstellen. Vergl. auch v. Sydow Erbrecht S. 63. Siegel Erbrecht S 14.

26) In einigen — practisch gewiss höchst seltenen — Fällen konnte der Kläger allerdings eine positive Thatsache repliciren, nämlich dass er sich aus der Oberacht gemäss Sachsensp. I. 38. § 3. geledigt habe;

c) Daran schliesst sich der Einwand, der Kläger habe sein Erbrecht wegen seines Verhaltens gegen den Erblasser verwirkt. Verschuldete Tödtung des Erblassers nimmt dem Verbrecher „*al sine wardunge*"; gewaltsame Besitzentziehung eines Gutes, die bis zum Tode des Erblassers fortdauert, entzieht alle Erbansprüche rücksichtlich dieses Gutes [27]).

In Beziehung auf den Beweis kommen die bei peinlichen Klagen geltenden Grundsätze zur Anwendung; insbesondere das Prinzip, dass der unbescholtene Mann, der nicht in handhafter That oder in der Verfestung ergriffen ist, die Beschuldigung durch seinen Eid beseitigen kann; während andererseits ein gerichtliches Anerkenntniss der That oder eine gerichtliche Sühne oder Verurtheilung wegen des Verbrechens mit Gerichtszeugniss dargethan wird. Ebenso ist nach Analogie der von peinlichen Klagen geltenden Regeln der Beweis zu normiren, wenn die Tödtung des Erblassers durch den Erbprätendenten zwar feststeht, er aber Nothwehr oder den Mangel doloser Absicht vorschützt; oder, wenn es zwar feststeht, dass das betreffende Gut bis zum Tode des Erblassers im Besitz des Erbprätendenten sich befunden hat, er aber bestreitet, es „*geweldichliken*" vorenthalten zu haben.

Nach vielen Rechtsquellen wird ausserdem auch der Tochter, welche sich ohne Genehmigung der Eltern oder des Vormundes verheirathet, das Erbrecht entzogen [28]).

---

dass der Herr, in dessen Knechtschaft er sich begeben, ihn wieder freigelassen habe; oder dass er als unmündiges Kind in das Kloster gethan worden und während der Unmündigkeit wieder herausgefahren sei. Dass der Kläger zum Beweise einer solchen Behauptung verstattet werden musste, ergiebt die Natur der Sache und die Analogie von Richtsteig Landr. 34. § 7. (Sachsensp. III. 34. § 1).

27) Sachsensp. III 84. Goslar. Statut. S. 11. Z. 38. System. Schöffenr. III. 1. c. 28. Nordhäuser Statut III. 66. (Förstemann Die Gesetzsammlung der Stadt Nordh. S. 65.) — Vgl. v. Sydow S. 60. Siegel S. 128 fg.

28) Lüb. Recht Cod. I. Art. 17. Hamb. Stadtr. v. 1270. X. 4. Soester alte Schrae Art. 168. (Seibertz II. S. 406). Rechtsbrief f.

Wird ihr eine solche Handlung zur Last gelegt, so kann sie dieselbe durch die Behauptung,

daz si ir vater mit sime guten willen und zu rechter ee uz hette gegeben

in positiver Weise widerlegen und sie erlangt das Beweisrecht derselben

mit czwen erhaften besezzenen mannen die gemeine weren und ir nicht besippe weren [29]).

d) Der Kläger habe auf seinen Erbanspruch verzichtet und sei abgefunden worden.

Richtst. Landr. 20. § 1. *So vrag, na deme dat he do afgedeilet wart unde vorlovede sin ervedel, ofte he eme nu mede dorve deilen.*

Nach dem älteren, im Sachsensp. enthaltenen Rechte entzieht die Abschichtung nur dann das Recht, die Erbtheilung zu verlangen, wenn sie mit einem ausdrücklichen Verzicht auf das Erbrecht verbunden ist [30]). Der Inhalt dieser Einrede ist demnach ein Gelöbniss des Gegners; daher findet hinsichtlich des Beweises die allgemeine Regel Anwendung, dass ein gerichtlich

---

Neisse v. 1290 (Tzschoppe u. Stenzel. Urkundens. Nro. 83. S. 410). Freiberger Stat V. 4. (Schott III S. 172). Stadtr. v. Duderstadt § 114. (Gengler Stadtr. S. 94). Bamberger Verordn. v. 1326 (ebend. S. 16). Vgl. auch Schlesisches Landr. c. 334 und die Practica in der Blume des Sachsensp. bei Böhlau Nove constitutiones p. 61.

29) Freiberger Statuten a. a. O.

30) Es kann dahin gestellt bleiben, ob ein solches Gelöbniss ein wirklicher Erbverzicht oder nur ein Erbtheilungsverzicht sei. Vgl. Siegel. Erbrecht S. 127. 128. Die Quellen des 13. und 14. Jahrh. erwähnen die Abtheilung von Kindern nur unter der Voraussetzung, dass noch andere Kinder unabgesondert zurückbleiben, und legen dem dabei ausgesprochenen Erbverzichte nur rechtliche Wirkung bei den Geschwistern gegenüber, nicht auch Verwandten entfernterer Grade. Daher kann dieser Einwand nur von demjenigen Verklagten erhoben werden, der dem Verwandschaftsgrade zu Folge gleiches Erbrecht mit dem Kläger hat. Deutlich wird dies bezeugt in den Statuten von Salzwedel § 4. (Gengler Stadtrechte S. 397).

abgegebenes Versprechen vom Promissar mit Gerichtszeugniss erwiesen wird, ein aussergerichtliches vom Promittenten eidlich abgeleugnet werden kann [31]).

Stadtrechtliche Quellen lassen jedoch auch in diesem Falle das Ueberbieten des Leugnungseides durch Privatzeugen zu. Das Weichbildrecht bei Mühler Art. 60. gestattet den Beweis *selbe sebende uffe den heiligen mit allerhande manne* darüber, dass der Kläger:

uz geteilet si mit wizlichem gute, also alse (mit der Abrede, dass) *he durch recht nichein erbe darane sulle haben* [32]).

Auch die Freiberger Statuten V. c. 31. 32. (S. 179.) gestatten dem Nachlassbesitzer den Beweis, das der Kläger „*abegewisit si von deme erbe*“ in Ermangelung des Gerichtszeugnisses mit *czwen erhaftin besezinin mannin*; ja sogar mit seinem alleinigen Eide, wenn die Klage erst nach Ablauf von 3 Jahren nach dem Erbanfall resp. der Erbesauseinandersetzung angestellt wird.

3) Der Verklagte setzt der Klage ein eigenes Erbrecht entgegen.

Da wir die Erbansprüche auf Grund spezieller Titel im folgenden Paragraphen besonders erörtern müssen, so kömmt hier nur der Fall in Betracht, dass der Verklagte behauptet, er sei mit dem Erblasser näher oder gleich nahe verwandt als der Kläger.

---

31) Sachsensp. I. 13. § 2. Richtst. a. a. O. Distinct. I. 20. d. 11.

32) Der für dieses Beweisrecht angegebene Grund, dass der Verklagte die Gewere des Nachlasses habe, passt nicht; denn die Gewere berechtigt immer nur zum Erweise des eigenen Rechts (Besitztitels), nicht zum Beweise eines vom Gegner eingegangenen Rechtsgeschäfts. Die Zufügung dieses Grundes erklärt sich aus dem scheinbar ganz analogen Fall, der in dem folgenden Art. 61 erörtert wird, wo die Gewere allerdings den Grund für die Beweisvertheilung abgiebt. Siehe oben § 39. Note 12. Ganz übereinstimmend ist das Sch.-Urth. 14b. bei Mühler S. 78.

In einem solchen Rechtsstreite können die Angaben der Parteien über ihr Verwandschaftsverhältniss gegenseitig zugestanden und ihre Erbfähigkeit unangefochten sein, so dass lediglich die Rechtsfrage zu entscheiden ist, welcher von beiden der nähere Erbe sei [33]). Da die Successions-Ordnung des Deutschen Rechts schon im Mittelalter zu vielen Zweifeln Anlass gab, so ist uns eine grosse Zahl von Schöffensprüchen überliefert, in denen es sich nur um diese Rechtsfrage handelt, für ein Beweisurtheil demnach gar kein Anlass vorliegt.

Wird das Erbrecht des Verklagten jedoch thatsächlich bestritten, so erscheint die Anführung des Verklagten durchaus entsprechend der Behauptung des Klägers; es stehen sich gleichsam zwei Erbschaftsklagen einander gegenüber. Beide Parteibehauptungen sind völlig parallel und es ist für die Beurtheilung des Rechtsstreites indifferent, welcher von beiden Theilen die Klägerrolle, welcher die Beklagtenrolle hat.

Ist die vom Verklagten behauptete Verwandschaft bestritten, so muss er seine Erbeslegitimation in der im vorigen Paragraphen dargelegten Weise wie der Kläger führen, und die Schöffen entscheiden, welcher näher sei [34]). Es giebt daher in diesem Falle kein Vorzugsrecht des Klägers oder des Verklagten hinsichtlich des Beweisrechts, sondern jeder Theil erweist seine Verwandschaft und es wird dann nur die Rechtsfrage entschieden, wer näher verwandt sei [35]). Der Kläger kann ferner der Auslassung des Verklagten ganz dieselben Einreden gegenüberstellen, welche wir im Vorstehenden erörtert haben; er kann ihm Unebenbürtigkeit, Verlust des Erbrechts, Indignität, Erbverzicht vorwerfen. Der Richtst. Landr. c. 24. erörtert diese Einreden grade für den Fall, dass ein Bruder des Erblassers gegen den Sohn desselben klagt und mittelst

33) Richtsteig Landr. 23. § 6.
34) Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 45.
35) Urth. des Lüb. Oberhofs bei Michelsen S. 164. Nro. 75.

derselben gegenüber der Berufung des Verklagten auf den näheren Grad der Verwandschaft durchdringen will. Es gilt daher hinsichtlich einer solchen Replik ganz dasselbe, was wir vorstehend von den Einreden gleichen Inhalts ausgeführt haben.

§ 42. Die Klagen auf Grund eines speziellen Erbrechtstitels.

Das bessere Erbrecht fällt bekanntlich nicht immer mit der nähern Verwandschaft zusammen, indem es theils gesetzliche Erbrechtstitel auf gewisse Nachlassgegenstände giebt, welche eine besondere Qualification des Erben erfordern, theils durch Rechtsgeschäfte Ansprüche an den Nachlass von Todeswegen begründet werden können. Allerdings stellt sich nicht jeder Anspruch dieser letzteren Art als ein wirklich erbrechtlicher dar, sondern in der Regel als ein obligatorischer oder sachenrechtlicher, der nur mit dem Tode einer gewissen Person wirksam wird; erst seit dem Ende des Mittelalters können auch durch Rechtsgeschäfte wirkliche Erbansprüche begründet werden. Daher ist es erforderlich, die verschiedenen Ansprüche an den Nachlass, welche man in der heutigen Wissenschaft als erbrechtliche bezeichnet, von einander zu sondern.

Dagegen ist es für die Beurtheilung solcher Ansprüche unerheblich, ob der Berechtigte im Prozess die Rolle des Klägers oder die des Verklagten hat. Bei einer Erbesauseinandersetzung sind die Parteirollen oft überhaupt nicht geschieden; aber auch wenn ein wirklicher Prozess unter den Erben geführt wird, ist es für die Substanzirung der Parteibehauptungen und für das Beweisrecht irrelevant, ob der nächste Erbe nach Geblütsrecht als Kläger die Herausgabe der Nachlasssachen fordert und ihm vom Besitzer ein Anspruch auf Gerade, Heergeräth, Morgengabe u. s. w. entgegengestellt wird, oder ob der nächste Erbe (Universal-Erbe) auf Ausantwortung der betreffenden Nachlass-Complexe verklagt wird.

Die Klage um Gerade und Morgengabe kann prozessualisch auch als Einrede der Wittwe erscheinen, welche dem Erben die Fahrniss herausgeben soll.

I. Anspruch auf Heergeräth, Gerade und Mustheil.

Dieser Anspruch hat mit der Klage des Universalerben die grösste juristische Verwandschaft, auch hier handelt es sich um ein gesetzliches Erbrecht. Zur Substanzirung der Klage ist daher Nichts erforderlich, als die Erbeslegitimation und die Behauptung, dass der Verklagte die verlangte Sache inne resp. im Nachlass vorgefunden habe [1]). In beiden Hinsichten aber enthält die Klagen-Substanzirung eigenthümliche Qualificationen, die der Klage des Universalerben fehlen.

Wer Heergeräth fordert, muss nicht nur seine Verwandschaft nachweisen, sondern darthun, dass er der nächste Schwertmage sei; ebenso muss, wer Gerade fordert, sich als nächste Spillmägin legitimiren [2]). Andererseits ist das Object der Klage nicht jede Nachlasssache, sondern sie geht nur auf gewisse Kategorien von Mobilien. Wenngleich daher die thatsächlichen Anführungen der Parteien völlig unstreitig sind, so können doch bei diesen Klagen zwei Rechtsfragen einer Entscheidung bedürfen, welche bei der Klage des Universalerben nicht aufgeworfen werden können, nämlich erstens, welcher von beiden Theilen das bessere Erbrecht auf die Gerade resp. das Heergeräth hat [3]), und zweitens, ob die streitigen Gegenstände

1) Ueber die Sicherstellung dieses Beweises vor dem Dreissigsten siehe § 41. Note 6. u. 7.

2) Sachsenspiegel III. 15. § 4. Weichbildglosse zu Art. 23. (v. Daniels c. 284. 285).

3) Beispiele: Goslar'sches Sch.-Urth. bei Bruns Beytr. S. 180. Nro. 2. System. Schöffenr. IV. 2. c. 18. Magd.-Stendal. Urth. 29. Magdeb. Sch.-Urth. bei Wasserschleben I. S. 102. c. 188,; S. 360. c. 8; bei Neumann Nro. 21. Dresdener Sch.-Urth. bei Wasser-

zur Gerade oder dem Heergeräth resp. zum Mustheil oder ob sie zum Erbe gehören[4]).

Es können ferner der Klage dieselben thatsächlichen Einreden gegenüber gestellt werden, welche wir bei der Klage des Universal-Erben erörtert haben; wegen der besonderen Qualification aber, die die Klage sowohl in subjectiver als objectiver Hinsicht hat, sind hier einige Punkte noch zu erwähnen, welche bei der Klage des Universalerben nicht in Betracht kommen.

1) Nach vielen städtischen Statutar-Rechten wurde Heergeräth und Gerade an Fremde nicht verabfolgt[5]), oder es hatte bisweilen ein einheimischer Verwandter einen absoluten Vorzug vor Fremden[6]); alsdann gehörte zur Erbeslegitimation auch der

---

schleben I. S. 325. c. 178. Ueber die Erbfolge in eine Vogtei Magd. Sch.-U. ebendas. S. 116 c. 241; über den Ausschluss eines näher verwandten Priesters durch einen entfernteren Schwertmagen, der Laie ist, bei der Succession in das Heergeräth ein Schöffen-Urth. bei v. Martitz Eheliches Güterrecht S. 115. Note 39; ferner Weichbildglosse c. 296. Z. 44.

4) Beispiele: Magdeb. Sch.-U. bei Wasserschleben I. S. 96. c. 150; S. 101. c. 179; S. 204 ff. c. 64. 65; S. 346. c. 194; S. 356. c. 2. System. Sch.-R. IV. 2. c. 10. 18a. 20. 73. u. v. a. Vgl. v. Martitz a. a. O. S. 313. v. Sydow S. 152 ff. 172 ff. 258 fg.

5) Von den zahlreichen Rechtsquellen, welche diesen Satz enthalten, citire ich beispielsweise: Alte Statuten von Höxter § 2. (Gengler Stadtr. S. 201); von Iserlon v. 1309 (Gengler S. 216); von Medebach v. 131[illegible] (Gengler S. 285. 286); von Lünen von 1341. § 13 (Gengler S. 272) von Ronneburg von 1380. § 1—3. (Gengler S. 379); von Grossen Salza v. 1473 (ebend. S. 173); von Brekerfeld v. 1396. § 9. (Gengler Cod. jur. munic. I. p. 313); von Dommitzsch § 8 (ebend. I. p. 803). — Auch süddeutsche Stadtrechte enthalten diese Bestimmung z. B. das von Wien v. 1221. § 45 (Gaupp Stadtr. II. S. 248); von Ens v. 1212 § 1 (ebend. II. S. 220). — Bisweilen galt in dieser Hinsicht das Prinzip der Reciprocität oder Retorsion. Sydow S. 157. Note 478. Pauli Abhandl. II S. 32. Heydemann Joachim. Constit. S. 103. v. Martitz a. a. O. S. 315. Note 22.

6) Vgl. z. B. Statuten v. Salzwedel § 3. (Gengler S. 397). Rechtsbrief für Uelzen von 1270. § 3. 4. (Gengler S. 497); für Schwane von 1344 (Gengler S. 420); für Corbach (Waldeck) v. 1282. (Gengl

ıchweis des Bürgerrechts. Wurde vom Verklagten die Erbhigkeit des Klägers in dieser Richtung angegriffen, so hatte nächst der Kläger das Recht, seine Erbeslegitimation auch dieser Beziehung zu vervollständigen.

Weichbildglosse bei v. Daniels c. 288. Z. 30. *Mag di frouwe mit der stat register bewisen, daz sy eyne meteburgerinne ist unde geschossit hat; und bewisen mit besessin luten, by den sy ire wonunge jar und tag gehabit hat; so ist sy nehir by irer vorderunge zu blibin, wenne er sy mit solichir rede davon wisen moge.*

Demselben Prinzip gemäss muss ein Sohn, welcher die erade fordert, weil er Priester ist, im Bestreitungsfalle seine rbeslegitimation in dieser Hinsicht ergänzen, d. h. seine riesterweihe beweisen.

Weichbildglosse zu Art. 56. (bei v. Daniels c. 378. Z. 42.) *unde wil sich do eyn schuler zu zien, der sal gewiet sin unde sal sien formate bewisen*[7].

2) Auch ob eine Nachlasssache zur Gerade resp. zum leergeräth gehört oder nicht, war sehr oft keine blosse Rechts- 'age, sondern von thatsächlichen Umständen abhängig, die bearitten sein konnten und über welche alsdann ein Beweis ıerkannt werden musste. Fälle dieser Art sind folgende:

a) Der Ehemann war zwar nicht berechtigt von Todes egen Verfügungen über Heergeräth und Gerade zu treffen, ırch welche er dieselben den gesetzlichen Erben entzog[8]; ɔenso wenig konnte die Frau ohne Genehmigung der betref-

---

ɔd jur. munic. I. p. 652). — Nach den Statuten von Colditz § 20. lengler l. c. I. p. 613) nimmt nur der Sohn das Heergeräth; in Ermanılung eines Sohnes der Rath mit Ausschluss der Seitenverwandten.

7) Ueber die in diesem Falle unter Umständen zu leistende Caution ɔrgl. v. Martitz S. 311. Note 4; ferner Goslar. Stat. S. 4. Z 7 ff.; 5. Z. 10 ff.

8) Magd. Sch.-Urth. bei Wasserschleben c. 239. S. 116. c. 47. . 181. Magd.-Stendal. Urth. 20. § 1.

fenden Erben die Gerade Jemandem z. B. ihrem Manne zuwenden[9]); ja selbst, als in den Städten Vergabungen des ganzen Vermögens von Todes wegen gestattet und üblich waren, wurde die Gerade von denselben nicht mit betroffen[10]). Allein der Mann hatte die volle Dispositionsbefugniss über die Mobilien, welche nach seinem Tode als Heergeräth oder Gerade vom Erbe abzusondern sein würden[11]), so lange er lebte und körperlicher Rüstigkeit sich erfreute. Demgemäss kann er solche Gegenstände auch verschenken und zwar auch an einen seiner Erben. Es kann demnach der Fall eintreten, dass, wenn Stücke als zum Heergeräth oder zur Gerade gehörig von einem Miterben einem andern abgefordert werden, der letztere den Einwand entgegenstellt, diese Sachen auf Grund eines speziellen Titels (Schenkung unter Lebenden) zu besitzen[12]).

Es ist jedoch erforderlich, dass der Erbe bereits bei Lebzeiten des Erblassers eine wirkliche, d. h. ausschliessliche Gewere an diesen Mobilien erlangt hat; ein Geschenk des Vaters an den Sohn, der unabgesondert in der elterlichen Hausgemeinschaft verbleibt, hat daher keine rechtliche Wirkung, wenn die geschenkte Sache nicht von dem allgemeinen Fahrniss-Complex ausgeschieden und in die sonderliche Gewere des Sohnes gekommen ist, die sich besonders darin äussert, dass der Sohn die Sache für seinen persönlichen Gebrauch verwendet oder in besonderem Verschluss hat[13]).

---

9) Magd. Sch.-U. bei Wasserschleben c. 145. S. 94. System. Schöffenr. IV. 1. c. 7.

10) System. Schöffenr. IV. 2. c. 72. Magd. Sch.-U. bei Neumann Nro. 4. S. 10. Weichbildgl. c. 289. Z. 40 ff. Vergl. v. Martitz S. 250. Note 27.

11) Vgl. die Ausführungen bei v. Martitz S. 120 fg. über das Landrecht, S. 282 ff. über das Magdeb. Recht.

12) Es ist dieser Fall wol zu unterscheiden von der Abtheilung eines Kindes, die eine Abfindung für sein Erbrecht sein soll.

13) In diesem Sinne sagt der Sachsensp. I. 10. *Gift de vader sime sone kledere unde ors unde perde unde harnasch* to der tiet, als he is

Wird nun eine gültige d. h. mit Besitzübertragung verbundene Schenkung behauptet, so ist die auf das blosse Erbrecht gestützte Klage nicht geeignet, die Gewere dem beschenkten Kinde abzugewinnen, da nach dem im § 39. entwickelten Begriff der Erbschaftsklage dieselbe nur demjenigen gegenüber durchdringt, welcher die geforderte Sache pro herede oder ohne Besitztitel inne hat. Die Klage kann daher hier nur die — so zu sagen negative — Funktion äussern, dass durch sie das von dem Kinde behauptete Besitzrecht bestritten wird, und demgemäss muss nach den öfters dargelegten Grundsätzen des Deutschen Rechts über die Beweisvertheilung das Kind zum Beweise seines Besitzrechts verstattet werden. Dies wird auch in der That durch ein Magd. Schöffen-Urtheil bestätigt.

---

bedarf unde et nütten mach, unde it de vader geven mach; stirft sint sin vader, he ne darf des nicht delen mit sinen brüdern ..... al si he von sinem vader ungesceden mit sime gude. Die Bemerkungen Sachsse's über diese Stelle in der Zeitschrift f. Deutsch. R. XIV. S. 9—17 sind gänzlich unbrauchbar. Ueber Richtst. Landr. 20. § 4., vergl. v. Sydow Erbr. Note 310. Dagegen erkennen die Magd. Schöffen in einem Fall, in welchem der Sohn ein ihm gegebenes Präcipuum von 50 Mark beansprucht gegen ihn „*noch dem mole daz daz gut in des vatirs were besturbin ist und der vatir em di* 50 *M.... vor gehegtim dinge nicht gegebin hat*". System. Schöffenr. IV. 2. c. 42. (Magd. Fr. I. 7. d. 19. Kulm IV. 84). Vergl. auch Bordesholm. Amts-Gebräuche Art. 14. „Hat der Vater dem Sohne ein Stück Geldes, damit Kauffenschaft zu treiben, gethan, muss er solches bei der Theilung wieder einbringen". — Nach dem gleichen Prinzip wird die Gerade bei dem Nachlass solcher Gewerbetreibender abgesondert, welche Gegenstände, die dem allgemeinen Rechtssatze nach zur Gerade gehören, zu ihrem Gewerbebetriebe brauchen. Glosse zu Weichbild. 23. (col. 291. Z. 40 ff.). *Alle die hantwerg, was die sollichs geretes haben, daz zu der teglichen narunge gehorit, daz gehorit alles zu dem erbe; hette abir die frawe icht in irer beslossin gewere, do nymant den slussil zu truge, denne sy alleine, unde daz an ir gewant unde an ir gebende adir zu anderm gezirde gehorit, daz gehorit zu der gerade.* Bei einem Gastwirthe z. B. gehören Betten und Bettwäsche zum Erbe; „*hette abir die frawe sunderlich betegewand in iren casten verslossin, daz sie ouch nuzende were in iren sechz wochen und zu iren eren, daz gehorit zu der gerade*". ebend. c. 292 Z. 12 ff.

Systemat. Schöffenr. IV. 2. c. 89. *Eyn man gebe synen kindern silberyn gefesse adir ander cleynot und antworte en das en ere gewere; behalden sie das jar und tag yn ere gewer; der vater sterbe; spreche denn der kinder mutter, das silberyn gefesse adir cleynote gehorte yn ere gerade und welde von der gabe nicht wissen: so sint das di kinder nehir und mit bessern rechte czu behalden selbdritte vor er gegebin gut, wen er mutter en das vor ere gerade abegefordern moge*[14]).

b) Auf dieselben Grundsätze sind diejenigen Collisionen zurückzuführen, welche daraus entstehen, dass mehrere verschiedene Gerade- oder Heergeräths-Complexe in demselben Nachlass sich befinden. Es stirbt z. B. eine Ehefrau mit Hinterlassung einer Tochter, welche im Hause ihres Vaters bleibt, so dass auch die Gerade, welche sie von ihrer Mutter geerbt hat, in den Händen des Vaters belassen wird. Der Vater heirathet wieder und stirbt vor seiner zweiten Frau. Dieselbe fordert alle vorhandenen Gegenstände, welche von Rechts wegen Geradestücke sind, als ihre Gerade; die Stieftochter will die von ihrer Mutter geerbte Gerade für sich nehmen und es entsteht ein thatsächlicher Streit darüber, welche Stücke zur Gerade der ersten Frau und welche zur Gerade der zweiten Frau gehören. Den Vorzug hat in diesem Falle die Wittwe, wenn die Stücke in der Gewere ihres Mannes und im allgemeinen häuslichen Gebrauch waren, denn alsdann gehören diese Gegenstände zur Nachlassmasse des Mannes. War dagegen „*di gerade der erstin housvrawin beseyt gelegit, bewart und behaldin deme kinde*", so nimmt das Kind dieselben und hat demgemäss auch den Beweisvorzug, wenn es bestritten ist, dass die bei Seite gelegten Sachen zu der von der ersten

---

14) Vgl. auch Stobbe Beiträge S. 21. Note 24.

Frau hinterlassenen Gerade gehören[15]). Auch in diesem Falle hat das Kind eine *sunderliche gewere* und es besitzt die Sachen nicht pro herede, sondern kraft eines speziellen Besitztitels, denn, wenngleich derselbe wieder ein Erbrecht ist, so ist es doch kein Erbrecht an demjenigen Nachlass, um dessen Theilung es sich handelt; das Kind verlangt keinen Antheil an diesem Nachlass, sondern es fordert die Absonderung der zu diesem Nachlass nicht gehörenden, in seinem Eigenthum stehenden Sachen.

II. Anspruch auf die Morgengabe.

Die Quellen-Aussprüche über das Recht der Wittwe auf die Morgengabe und über die bei Geltendmachung dieses Rechts eintretenden Beweisregeln erscheinen so verwirrt und widerspruchsvoll, dass es fast unmöglich scheint, sie auf bestimmte Prinzipien zurückzuführen. Dies hat aber seinen Grund nur in der Vieldeutigkeit des Wortes Morgengabe und in der historischen Umwandelung, die dieses Institut im Laufe der Zeit erfahren hat. Wenn man die verschiedenen Rechtsinstitute, die mit diesem Ausdruck bezeichnet werden, gehörig auseinanderhält, so lösen sich die Widersprüche der Quellen und die verschiedenen Beweisvorschriften reduciren sich auf die einfachsten Prinzipien. Es sind allerdings diejenigen Urkunden und Rechtsaufzeichnungen ganz auszuscheiden, in denen das Wort Morgengabe gar kein festbestimmtes Rechtsinstitut bezeichnet, sondern für jedwede Zuwendung gebraucht wird, die der Mann seiner Frau für den Fall des Wittwenstandes macht;

15) Systemat. Schöffenrecht IV. 2. c. 15. (Böhme V. S. 60. VI S. 139, 4.). Vgl. über einen andern ähnlichen Fall die Weichbildglosse zu Art 23. col. 290. Z. 53 bis col. 291. Z. 19; ferner Magdeb.-Stendal. U. 31. Die Collision zwischen Schwiegermutter und Schwiegertochter, die in demselben Hause wohnen, hinsichtlich der Gerade erörtert Sachsensp. I. 20. § 7. Vgl. darüber unten. S. 393 fg.

insbesondere also Eigenthumsübertragungen oder Leibzuchtsbestellungen an Grundstücken oder Zusicherungen von Quoten des ganzen Vermögens[16]). Wenn man aber auch nur diejenigen Zeugnisse des sächsischen Rechts in Betracht zieht, in denen die Morgengabe als ein eigenthümliches und ausgeprägtes Rechtsinstitut erscheint, so hat man dennoch drei verschiedene Phasen zu unterscheiden[17]), deren Unterschied in keinem andern Punkte so scharf sich markirt, als hinsichtlich der Klagen zur Durchführung des Anspruchs.

1) Die alte landrechtliche Morgengabe des Sachsenspiegels war ein Geschenk des Mannes an die Frau, das als Ausnahme von der sonst geltenden Regel rechtliche Wirksamkeit hatte, dessen Umfang und Gegenstand aber von Rechtswegen, ebenso wie die Bestellungszeit fixirt war[18]). Es ist fast einstimmig von der Wissenschaft anerkannt, dass die Frau sofort nach Bestellung der Morgengabe Eigenthum an derselben erwirbt[19]), wenngleich nach den Grundsätzen des mittelalterlichen ehel. Güterrechts der Mann das freie Verfügungsrecht an den dazu gehörigen Stücken während bestehender Ehe hat, und falls die Frau vor ihm stirbt, das Eigenthum

---

16) Dies gilt namentlich von fränkischen und schwäbisch-baierischen Rechtsdocumenten; vgl. Schröder Gesch. des ehel. Güterr. II. 1. S. 26 ff. findet sich jedoch auch vielfach im Gebiete des sächsischen Rechts So wird z. B. in einem Erbschaftsrezess von 1170 (Seibertz Urk.-Buch I. Nro. 61) der Wittwe der Besitz von Grundstücken zugesprochen, die sie als „*dos, que vulgariter dicitur morgengave, a marito suo in desponsatione sua acceperat*"; in einer Urk. v. 1389 im Marienroder Urkundenbuch Nro. 368 erklärt die Frau des Verkäufers, dass sie an der verkauften Mühle „*neyne liftucht noch morghenghave noch neyner leyge ansprake en hedde*". Vgl. ferner die Urk. v. 1313 in der Schlesw.-Holst.-Lauenburg. Urk.-Samml. II. Nro. 175. S. 219.

17) Diese Lehre ist namentlich durch die Untersuchungen v. Martitz's Ehel. Güterrecht S. 216 ff. 340 ff. wesentlich aufgeklärt worden.

18) v. Martitz S. 216. 217.

19) Literatur-Nachweisungen bei v. Martitz S. 220. Note 19.

kraft Erbrechts wieder erlangt[20]). Auch dass die Frau an den ihr zur Morgengabe geschenkten Sachen Besitz und Verwaltung hat, unterliegt keinem Bedenken[21]).

Daraus ergiebt sich, dass, wenn die Frau beim Tode ihres Mannes ihre Morgengabe nimmt, sei es, dass sie als Klägerin dieselbe vom Erben fordert, sei es, dass sie sie bereits in Händen hat und als Verklagte die Herausgabe derselben dem Erben verweigert, ihr Anspruch kein erbrechtlicher ist.

Sie gründet denselben nicht auf ihr Erbrecht, sondern auf einen speziellen Titel, auf die ihr unter Lebenden gemachte Zuwendung; sie fordert nicht einen Theil des Nachlasses, sondern sie separirt ihr Eigenthum von dem Nachlass. Der Fall steht daher juristisch dem vorhin erörterten Falle gleich, dass ein Kind ein ihm vom Vater gemachtes Geschenk aus dem Nachlass des Vaters resp. von der Gerade aussondert.

Im Falle eines Rechtsstreites handelt es sich demnach um keine Erbeslegitimation, um keine richterliche Feststellung der Erbfähigkeit u. s. w., sondern lediglich um eine Erhärtung des Besitztitels Seitens der Wittwe. Dass die Wittwe das Beweisrecht hinsichtlich ihrer Morgengabe hat, ist eine Consequenz dieser Natur ihres Anspruchs, keine ausnahmsweise Begünstigung; privilegirt ist die Wittwe nur in sofern, als sie diesen Beweis mit ihrem alleinigen Eide erbringen kann[22]), während sonst ein Besitzrecht an Mobilien selbdritt bewiesen werden muss[23]).

2) Die landrechtliche Morgengabe der späteren Zeit hat insofern einen andern Character als das eben er-

---

20) v. Martitz S. 221. Note 24.

21) v. Martitz a. a. O. Note 21.

22) Sachsensp. I. 20. § 9. Vgl. v. Martitz S. 223.

23) Das Medebacher Recht v. 1165. § 14. (Seibertz Urk.-B. I. Nro. 55. S. 74) fordert auch für die Morgengabe Zeugenbeweis Seitens der Besitzerin; ebenso das Rigische Ritterrecht cap. 17. (Albrecht Gewere Note 728).

örterte Institut des älteren Rechts, als die Frau von Rechts wegen einen Anspruch auf alle diejenigen, im Nachlass des Mannes befindlichen Gegenstände hat, welche nach dem früheren Recht qualifizirt waren, als Morgengabe bestellt zu werden[24]). Ein Rechtsgeschäft des Mannes, eine schenkungsweise Eigenthums-Uebertragung an die Frau war nicht mehr erforderlich; sondern die Frau hatte ein gesetzliches Erbrecht auf gewisse durch Rechtssatz bestimmte Nachlass-Objecte. Demgemäss ist der Anspruch der Frau auf Morgengabe völlig entsprechend dem Anspruch auf Gerade[25]); er ist ein wirklicher Erb-Anspruch und seine prozessualische Gestaltung und Durchführung entspricht vollkommen der Forderung der Gerade.

Ist die Erbfähigkeit der Wittwe und das Vorhandensein der verlangten Gegenstände im Nachlass unbestritten, so kann daher von einem Beweise der Morgengabe keine Rede sein; es können grade so wie bei dem Anspruch auf Gerade nur Rechtsfragen zur Entscheidung kommen[26]).

Unter Umständen kann es jedoch thatsächlich streitig sein, ob ein gewisser im Nachlass vorgefundener Gegenstand wirklich zum Nachlass d. h. zum Vermögen des gestorbenen Mannes gehört oder nicht. Ganz ähnliche Conflicte, wie wir sie oben bei Besprechung der Klage um Gerade erörtert haben, können auch bei dem (gesetzlichen) Erbanspruch auf Morgengabe eintreten. Einen solchen Fall erörtert der oft besprochene Zusatz zum Sachsensp. I. 20. § 4. 5. Eine Wittwe wohnt mit ihrem Sohne und ihrer Schwiegertochter in dem-

---

24) v. Martitz S. 225.

25) Ueber die Confusion von Gerade und Morgengabe im späteren sächsischen Rechte siehe v. Martitz S. 227.

26) Insbesondere darüber, ob ein gewisser Gegenstand von Rechts wegen zum Erbe oder zur Morgengabe gehört; z. B. Sch.-U. bei Wasserschleben I. S. 206. c. 65 c. d.; S. 418. c. 74.

selben Hause; der Sohn stirbt; jede der beiden Wittwen will die von Rechts wegen[27]) zur Morgengabe gehörenden Mobilien für sich in Anspruch nehmen, die Schwiegermutter als Nachlass des früher verstorbenen Vaters, die Schwiegertochter als Nachlass des nunmehr gestorbenen Sohnes.

Die Entscheidung dieses Streites hängt lediglich davon ab, ob die streitigen Gegenstände zum Vermögen des Sohnes oder zum Vermögen der Mutter gehören; ist das erstere der Fall, so erbt sie die Frau; ist das letztere der Fall, so separirt sie die Mutter aus dem Nachlass des Sohnes. Wohnte nun die Mutter gastesweise beim Sohne, so dass das Grundstück mit dem ganzen Inventar dem letzteren gehörte und in seinem Besitze war, so ist die Frau näher an den streitigen Objecten *irs mannes unde irs selven umbesculdenen were* mit Zeugen zu beweisen; im entgegengesetzten Falle ist die Mutter, der die gesammte Haus- und Guts-Einrichtung gehört, näher, ihre

---

27) v. Martitz S. 173. Note 18. hält es für unzweifelhaft, dass „dieser Zusatz, der dem Urtext des Sachsenspiegels nicht mehr angehört, seinem Rechte gemäss ist.“ Auch S. 221. Note 22. erwähnt er diese Stelle bei Besprechung der Morgengabe in ihrer ursprünglichen Entwicklungsphase, als sie noch durch Rechtsgeschäft des Mannes bestellt wurde. Allein der Verfasser des Zusatzes denkt sich den Anspruch der Wittwe auf Morgengabe bereits als ein gesetzliches Erbrecht. Dies ergiebt die Zusammenstellung von Morgengabe, Mustheil und Gerade und dann noch ausdrücklich im § 7. von Morgengabe und Gerade, da man hieraus die Gleichartigkeit dieser Ansprüche entnehmen kann. Auch die Worte „*des sones wif nemet . . ires mannes morgengave*“ scheint darauf hinzudeuten, da nach der alten Form des Rechtsinstitutes die Morgengabe nicht dem Manne, sondern der Frau gehörte. Insbesondere aber wird unsere Interpretation durch innere Gründe gestützt; denn der in dem Zusatz zum Sachsensp. ausgesprochene Rechtssatz ist ein völlig begründeter und der Natur der Sache entsprechender, wenn es sich um erbrechtliche Ansprüche der Schwiegertochter handelt; dagegen ein kaum zu rechtfertigender, wenn dieselbe bereits bei Lebzeiten ihres Mannes Eigenthum an gewissen Objecten erlangt hat. Warum soll der Geltendmachung desselben der Umstand im Wege stehen, dass sie mit ihrem Manne auf dem Gute der Schwiegermutter gewohnt hat?

Gewere auch an den litigiösen Bestandtheilen derselben mit Zeugen darzuthun [28]). Ein Beweis über die Bestellung der Morgengabe ist nicht erforderlich. Seitens der Mutter nicht, da sie die betreffenden Gegenstände ja gar nicht „als Morgengabe“ fordert, sondern als ihr, schon beim Tode ihres Mannes erworbenes Eigenthum [29]); nur aus dem Nachlass ihres eigenen Mannes kann eine Wittwe Morgengabe fordern. Ebensowenig ist dieser Beweis Seitens der Wittwe erforderlich, weil sie ein gesetzliches Erbrecht auf die Morgengabe hat, ein Eid daher ebensowenig Platz finden kann, wie bei der Forderung der Gerade [30]).

---

28) Diese Stelle bestätigt daher nicht, wie v. Martitz S. 174 meint, das dem Deutschen Recht angedichtete Prinzip, dass der Besitz von Haus und Hof auch die Gewere der dort befindlichen Mobilien gebe, sondern sie widerlegt es. Denn wozu brauchte die Besitzerin von Haus und Hof ihren Besitz an den streitigen Gegenständen erst noch durch Zeugen zu beweisen, wenn sie ihn schon von Rechts wegen hätte?

29) Der Text wendet auch auf ihren Anspruch den Ausdruck „morgengabe“ nicht an; im § 3 heisst es von der Mutter „*al ir recht an dem gude*“; im § 4 wird von der Frau gesagt, dass sie ihre Morgengabe besser behält *dan sin muder*, während der § 5 den Ausdruck vermeidet und nur sagt, „*so is't de muder nar to beholdene*“.

30) Dem widerspricht allerdings scheinbar der § 6: „*Morgengave behalt dat wif uppen hilgen, de gewere aver mit getüge*“; eine Stelle, die überaus zahlreiche Erklärungs-Versuche hervorgerufen hat. Fast Alle stimmen darin überein, dass ein doppelter Beweis erfordert wird, ein Zeugenbeweis über die Thatsache des Besitzes, ein Eid über die caussa possessionis. Vgl. z. B. Albrecht Gewere Note 728 und Diss. de probat. II. p. 14 sq. Planck Zeitschr. f. D. R. X. S. 268 ff. Stobbe Gewere S. 442. Auch Kraut Vormundsch. II. S. 543 ff. Dieser Auffassung müssen wir unsererseits entgegentreten. Sowohl im § 4 als im § 5 ist nur von dem Zeugenbeweis die Rede und der § 7 beginnt „*Süs behalt ok ir nichtele ir rade*“; also ebenso wie in Betreff der Morgengabe soll das Beweisrecht in Betreff der Gerade sein, bei der Forderung der Gerade ist aber ein Eid über die caussa possessionis undenkbar. Der dazwischen geschobene § 6 erklärt sich, wenn man bedenkt, dass das ganze Stück in einen Artikel eingeschoben ist, in dem es ausdrücklich heisst, dass das Weib die Morgengabe mit ihrem alleinigen Eide ohne Zeugen behält, während unser Zusatz ebenso bestimmt Zeugenbeweis verlangt. Dieser offenbare Wider-

Der Beweis betrifft vielmehr nur die Gewere, und er ist der allgemeinen bei Mobilien geltenden Regel gemäss selbdritt zu führen[31].

3) Die Morgengabe der Stadtrechte im Gebiete des Magdeburgischen Rechts besteht in dem Versprechen einer Geldsumme, welche die Frau, falls sie Wittwe werden sollte, aus dem Nachlass erhalten soll. Es ist zwar nicht direct ausgeschlossen, dass der Mann nicht auch Fahrniss oder selbst Immobilien der Frau unter dem Namen Morgengabe zuwenden könnte[32]; allein die sehr zahlreichen Aeusserungen der stadtrechtlichen Quellen über die Morgengabe erwähnen fast ausnahmslos, dass sie in einer Geldsumme bestanden habe.

Diese Morgengabe des städtischen Rechts begründet eine bedingte Forderung der Frau gegen den Mann resp. seine Erben. Die Bedingung besteht darin, dass die Frau ihren Mann überlebt; stirbt sie vor dem Manne, so gelangt ihr Forderungsrecht nicht zu rechtlicher Wirksamkeit[33]. Die Klage der

---

spruch bedurfte einer Rechtfertigung und dieselbe wird im § 6 in der Art gegeben, dass er den Unterschied des in den §§ 4. 5. aufgeführten Falles gegen den im § 9 berührten hervorhebt. In den §§ 4. 5. handelt es sich um den Beweis der Gewere, der mit Zeugen zu erbringen ist, im § 9. um den Beweis eines Rechtsgeschäfts, der nach Veränderung des Characters der Morgengabe überhaupt nicht mehr nothwendig war Der § 6. schreibt demnach nicht eine Cumulation von zwei Beweisen vor, sondern er will nur hervorheben, dass der im Vorhergehenden geforderte Zeugenbeweis kein Beweis der Morgengabe d. h. der Bestellung der Morgengabe, sondern der Gewere ist, und sonach dem folgenden § 9. nicht widerspricht. Richtig wird die Stelle verstanden von Delbrück Zeitschrift für Deutsch. Recht. XIV. S. 239. 240. Ihre Schwierigkeit beruht nur darauf, dass der ursprüngliche Sachsenspiegeltext die alte (vertragsmässige), der eingeschobene Zusatz die neuere (gesetzliche) Morgengabe im Auge hat.

31) Dies wird ausdrücklich bestätigt im Rechtsbuch nach Distinctionen I. c. 10. d. 1.

32) Vgl. Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 84. c. 32. und dazu v. Martitz S 341. Note 26.

33) Glogauer Rechtsb. c. 399. 400.

Wittwe auf Auszahlung ihrer Morgengabe ist daher nicht eine Absonderung ihres Eigenthums, wie bei der alten landrechtlichen Morgengabe; ebensowenig eine erbrechtliche Klage, wie bei der neueren landrechtlichen Morgengabe, sondern eine „*clage um gelobte schult nach totir hant*"[34]).

Dieser juristische Character der Morgengabe zeigt sich in vieler Beziehung. Die Bestellung derselben wird gewöhnlich als Gelübde bezeichnet und sie wird durch die gewöhnlichen Bestärkungsmittel der Schuldforderungen, durch Bürgschaften und Pfänder, sichergestellt[35]). Es wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Erben für die Morgengabe nur soweit haften, als der Nachlass reicht[36]), was nur dann einen Sinn hat, wenn die Verpflichtung zur Bezahlung der Morgengabe eine Schuld ist. Die Frau hat wegen ihrer Morgengabe wie jeder andere Gläubiger einen unbedingten Vorzug vor den Erben[37]); dagegen steht die Morgengabe, welche durch ein schlichtes Gelöbniss bestellt wird, den Forderungen anderer Gläubiger nach[38]). Die Wittwe erhält demnach Nichts, wenn der Nachlass überschuldet ist. Dieser Gefahr, welcher die Frau rücksichtlich ihrer Wittwenversorgung ausgesetzt war, konnte indess dadurch vorgebeugt werden, dass der Ehemann für die Morgengabe ein bestimmtes Grundstück verpfändete[39]). Später wurden auch General-Verpfändungen des ganzen Ver-

---

34) In dem Rechtsfall bei Wasserschleben S. 284. wird die Morgengabe-Forderung wiederholt als *schult* bezeichnet.

35) Vgl. die bei v. Martitz S. 349. Note 51. angeführten Stellen.

36) Magd. Fragen I. 11. d. 4., Syst. Schöffenr. IV. 2. c. 6.

37) Magd. Sch.-Urth. bei Böhme VI. S. 101. al. 4. (vgl. Systematisches Schöffenr. IV. 2. c. 4.) Magd. Sch.-U bei Wasserschleben S 100. c. 171.

38) Syst. Schöffenr. IV. 2. c. 5. Vgl. Beseler Erbvertr. I. S. 159. v. Martitz S. 353. Vgl. über eine scheinbar widersprechende Stelle unten Note 52.

39) Vgl. z. B. Wasserschl. S. 286. c. 151.: *Ab eyn man seynem weybe morgengabe gebe an der stat, do is crafft und macht hette, eyne ge-*

mögens für die Morgengabe üblich[40]). Mit rechtlicher Wirkung konnte die Pfandbestellung nur vor Gericht geschehen; und da durch dieses gerichtliche Rechtsgeschäft erst das Recht der Frau gesichert war und durch anderweitige Dispositionen des Mannes nicht mehr in Frage gestellt werden konnte, so nannte man dies, die Morgengabe vollführen[41]). War die Morgengabe in dieser Weise bestellt worden, so hielt sich die Frau an die verpfändeten Grundstücke und ging allen persönlichen Gläubigern und jüngeren Pfandgläubigern vor, stand dagegen älteren Pfandrechten natürlich nach[42]). Hinsichtlich der Fahrniss aber hatten die andern Gläubiger vor der Forderung der Frau wegen ihrer Morgengabe das Vorzugsrecht, so lange die Generalhypotheken noch nicht recipirt waren[43]).

---

nante summe geldis ir czu gebin und czu halden nach seyme tode ***und vorschrebe ir die uff eyn haws.***

40) Siehe die Breslauer Inscriptionen des XVI. Jahrh. bei Wendroth Dissertat. de institut quibusdam juris dotalis Saxonico-Vratislav. p. 35—37.

41) z. B. Syst. Schöffenr. IV. 2. c. 5. 7. und c. 7. *gelobit ouch eyn man synym wibe gelt vil adir wenig czu morgingabe und* ***volvurit des nicht in gehegtem dinge;*** ebendas. c. 6. *gelobit eyn man . . . und stirbit, e* ***hers volfuret vor gehegtir bank.*** Im c. 9. ebendas. wird im Gegensatz zum Geloben dieses Geschäft „*begaben*", in cap. 10. uud 93. „*verreichen*" genannt. Ich kann der Ansicht v. Martitz's nicht beipflichten, welcher S. 345. ff. Gelübde, durch die die Morgengabe definitiv constituirt wird, und Gelübde, durch welche die zukünftige Bestellung einer Morgengabe zugesichert wird, also Vorverträge über die Bemorgengabung, unterscheiden will, selbst aber zuzugeben genöthigt ist, „dass beide Verhältnisse in unseren Quellen häufig zusammengeworfen und unter dieselben Regeln gebracht werden." Die Quellen kennen einen derartigen Unterschied mit irgend einer practischen Wirkung gar nicht, sondern sie unterscheiden nur zwischen der durch einfaches, schlichtes Gelöbniss versprochenen und der durch Pfandrecht sicher gestellten (vollführten) Morgengabe.

42) Schöffen-Urth. bei Wasserschleben S. 285. c. 149. Vgl. auch ebendas. c 151., wo der Grund angegeben wird: „*di* ***schulden*** *die do eldir synt, die vordrucken die nuwen.*"

43) Magd. Fragen II. 1. d. 7, *Vordinet lon und redeliche schult sal man von eynis todin mannis gelde czuvor gelden vor der Morgengabe, ab dy frouwe* ***an dem gereiten gute*** *begobit ist. Adir ist ir dy morgengabe* ***an***

Alle diese Sätze entsprechen ganz consequent dem Prinzip, dass die Bestellung der Morgengabe eine Schuldforderung gegen die Erben begründete.

Dem entspricht auch vollkommen die prozessualische Geltendmachung dieses Rechtes. Die Klage wird auf das Gelöbniss gegründet, Gegenstand contradictorischer Verhandlung und des Beweisurtheils kann nur die Frage sein, ob das Gelöbniss wirklich rechtsgültig geleistet worden und was sein Inhalt ist[44]). Das Beweisurtheil muss sich nach den Regeln richten, welche bei Geldschuldklagen nach todter Hand gelten. Demgemäss beweist die Frau das Gelübde, wenn es vor Gericht geleistet ist, mit dem Gerichtszeugniss[45]). Gewöhnlich pflegte die Morgengabe aber, wenn nicht eine Pfandbestellung damit verbunden war, aussergerichtlich vor Verwandten, dem Eherathe oder den Ehestiftsleuten u. dgl. bestellt zu werden[46]). In Ermanglung von Gerichtszeugniss musste nun eine Schuld

---

stehindem eygen adir erbe gegebin, so sal dy frouwe dy morgengabe doran behalden.

44) Von einer **Erbeslegitimation** und einer Erörterung der Voraussetzungen des Erbrechts kann demnach nicht die Rede sein. Sehr interessant ist in dieser Beziehung das Schöffen-Urth. in den **Magdeburger Fragen** I. 9. d. 5. Die Schöffen, welche angefragt werden, ob bei einer bis zum Tode des Mannes unangefochten bestandenen nichtigen Ehe die Frau ihre Morgengabe und das in dieser Ehe erzeugte Kind sein Erbtheil zu fordern habe, machen einen Unterschied zwischen Frau und Kind in der Begründung des Spruches. Das Erbrecht des Kindes wird anerkannt: „*noch dem mole das der man mit der selbin syner leczten frouwen offinbar in der ee gesessen hat ungescheiden noch gerichtis orteil bisz an seynen tot*"; also auf Grund eines Satzes des Familienrechts. Hinsichtlich der Forderung der Frau aber heisst es: „*Dy kinder sullen der frowen ire morgengabe, dy ir or vater vor gerichte gegeben (al. gelobit) hat, gebin unde volgen laszen*", also das Gelöbniss allein begründet ihren Anspruch, die Voraussetzungen der Putativ-Ehe kommen nicht in Betracht. v. **Martitz** S. 347. hat dies übersehen.

45) Arg. **Magd. Frag.** I. 11. d. 1.

46) Vgl. die Citate bei v. **Martitz** S. 348. Note 50.

nach todter Hand dem Erben selbsiebend geinnert werden[47]). Dies wird für unsern Fall speziell bestätigt durch das

Magdeb.-Görl. Recht v. 1304. Art. 20. *Morgengabe behelt daz wib uffe den heiligen mit mannen und mit wiben, die dar kegenwardig waren, selbe siebende*[48])

und durch das Prager Rechtsbuch Art. 40. 103.

Man hat jedoch, wie es scheint, an dem Erforderniss von 6 Zeugen nicht streng festgehalten, sondern die Innerung mit den noch lebenden Eheraths-Leuten für genügend erachtet[49]).

Anstatt der Innerung konnte jedoch der Gläubiger bei der Klage nach todter Hand den Erben seiner Wissenschaft von der Schuld zeihen, so dass der Verklagte zum Eide kam, von der Schuld Nichts zu wissen[50]). Auch dies wird für die Klage um Morgengabe speziell bestätigt[51]).

Diese Grundsätze stimmen demnach vollkommen mit den allgemeinen Regeln über den Beweis bei Geldschuldklagen nach todter Hand überein[52]).

---

47) Siehe oben S. 15.

48) Dass man sieben Personen zum Eherath zuzog, ergiebt das bei Wendroth l. c. p. 49. 50. mitgetheilte Schöffen-Urtheil.

49) Vgl. Wendroth l. c. p. 27. sqq. Das Sch.-U. bei Böhme VI. S. 107. a. E. (Syst.-Schöffenr. IV. 2. c. 3 a.) sagt unbestimmt: *mag die frawe beweisen als recht ist.* Das Goslar'sche Recht verlangt nur den Beweis mit *twen bederven mannen unbesculden an irme rechte, de do to der hochtid hebbet ghewesen.* S. 8. Z. 20.

50) Siehe oben S. 16.

51) Magd. Fragen I. 11. d. 1. — Syst. Schöffenr. IV. 2. c. 93. Diese Stelle ist im Uebrigen dadurch auffällig, dass sie den Beweis durch die Ehewarten, also durch Privatzeugniss, für unzulässig zu erklären scheint.

52) v. Martitz S. 319. fg. erachtet den juristischen Character der Morgengabe des Weichbildrechts für zweifelhaft und frägt: „Gewährt die gelobte Morgengabe ein dingliches (!?) oder ein persönliches Recht?“ Insbesondere findet er ein Schwanken der Magdeburger Rechtsquellen über den Beweis der Morgengabe. Diese Bedenken sind aber nicht begründet und die Stellen, in denen er eine Anwendung des Eineides der Wittwe, wie bei der alten landrechtlichen Morgengabe zu sehen glaubt, beweisen Nichts. In dem Falle in den Magdeb. Fragen I. 11. d. 1. ist die Be-

III. Anspruch auf ein Leibgedinge.

Hinsichtlich der Leibzucht sind zwei Arten zu unterscheiden, je nachdem dieselbe in der Einräumung eines Niessbrauchsrechts an einem Grundstücke oder in der Bestellung des Nutzungsrechts an einem Capital besteht[53]).

---

stellung einer Morgengabe durch Zeugen bereits constatirt, nur die Höhe derselben ist streitig; und die Wittwe wird nur dann zum Eineide über diese Höhe verstattet, wenn *„dy kinder nicht sweren wellen und der frouwen ire bewysunge zcu staten wellen."* Dass ferner die Stelle in der Weichbildglosse zu Art. 22. Sp. 279. nur auf einer irrigen, theoretisirenden Anwendung von Sachsensp. I. 20. § 4. beruht, bemerkt von Martitz a. a. O. Note 61. selbst. Dasselbe gilt von der Stelle in der Weichbildglosse S. 377. Z. 5—14. Das Magd. Sch.-U. bei Wendroth l. c. p. 32. aber, demzufolge die Wittwe allerdings ihre Morgengabe mit ihrem alleinigen Eide behält und ein Vorzugsrecht vor den Gläubigern des Mannes hat, scheint v. Martitz unrichtig verstanden zu haben. Zunächst handelt es sich nicht um eine Klage der Wittwe gegen die Erben auf Auszahlung der Morgengabe, sondern um einen Prioritätsstreit zwischen der Wittwe, welcher eine Morgengabe mit Verpfändung des gesammten Vermögens „zugesaget und gelobet" worden war, und einem (chirographarischen) Gläubiger, welcher einen Arrest (Sperrung) auf den Nachlass ausgebracht hatte. Die Frau hatte daher nur eine Bescheinigung ihrer Forderung in einem, unserm Concurs entsprechenden, Prioritätsstreit zu erbringen, und dass dazu der alleinige Eid genügte, wird auch anderweitig durch die Quellen bestätigt. Sodann aber wird das Urtheil nur als ein Präjudizial-Erkenntniss mit kurzen Worten erwähnt, so dass man den status caussae et controversiae nur dunkel erkennen kann. Im Verlauf der Prozessverhandlungen (Wendroth p. 34. lin. 4. 5.) kömmt der Gläubiger auf dasselbe Präjudizial-Urtheil zurück mit dem Bemerken, dass der Frau das Vorzugsrecht zugesprochen wäre, wenn sie jene Bescheinigung erbringt, *„und wo sie denne die erste wer mit der sperrunge."* Wir erfahren hier eine ganz neue Voraussetzung ihres Vorzugsrechts, welche beweist, dass dasselbe lediglich auf Grundsätzen des Executionsrechts beruht. Denn nicht der Morgengabe als solcher wird der Vorzug vor anderen Forderungen zugesprochen, sondern die Priorität der Sperrung begründet in dem vorliegenden concreten Falle jenen Vorzug. Wahrscheinlich war die Frau auch im Besitz der Nachlassgrundstücke und konnte auch deshalb schon Retentions-Ansprüche wegen eigener Forderungen mit iharm alleinigen Eide gegen Gläubiger, die jene Grundstücke als Executionsobjecte in Anspruch nahmen, zur Geltung bringen. Vgl. oben S. 148. Note 18. Aus diesem Erkenntniss kann man daher keinen Beweis für die angeblichen Privil. der Morgengabe nach Magd. R entnehmen, zumal gegenüber so bestimmten Quellen-Aussprüchen, wie die oben angef. Stellen sie enthalten.

1) Die Leibzucht an Grundstücken begründet ein sofort wirksames, dingliches Recht für die Frau, welches durch Auflassung im Gericht constituirt wird. Bei bestehender Ehe übt allerdings der Mann Besitz und Nutzniessung kraft seiner Vormundschaft aus; sobald aber mit Auflösung der Ehe das Recht der Frau von dieser Einschränkung frei wird, erlangt sie ipso jure das Recht zum ausschliesslichen Besitz und Nutzniessung an dem ihr übertragenen Grundstück. Sie gündet ihren Anspruch daher nicht auf einen erbrechtlichen Titel, sondern auf ein durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ihr constituirtes Besitzrecht.

Wenn die Frau demnach gegen den Erben auf Herausgabe ihres Leibzuchts-Grundstücks zu klagen genöthigt ist, so geht ihr Anspruch nicht auf Erbtheilung, sondern auf Absonderung einer zum Nachlass nicht gehörenden Sache[54]); die Klage ist keine erbrechtliche, sondern eine sachenrechtliche, auf ein spezielles Besitzrecht gegründete. Demgemäss gelangt die Frau zum Beweise ihres Leibzuchtsrechts mit Gerichtszeugniss.

Bewysinge umme len unde liftucht. *S.* 365. . . . *darmede beholden sy dat, deste sy med gerichtes tüchnisse des fulkomen können.*

Rechtsb. nach Distinctionen I. c. 12. d. 1. a. E. *So verne wan man allezeith lipczucht sal machen in den steten an gerichte unde an geheyter bangk, so mag man si vorczugen mit richtern unde mit schepphen. Man sal ouch brife nemen in wicbilde, durch daz an richtern unde an schepphen ersterben muchte dy kuntschaft*[55]).

53) Obwohl beide Arten in den Städten und später auch auf dem Lande neben einander vorkommen, so kann man doch allenfalls mit Rücksicht auf die häufigere Anwendung sie als landrechtliche und stadtrechtliche Leibzucht einander gegenüberstellen.

54) Aus demselben Grunde sind Leibrenten, die Eheleute zu beider Leben gekauft, vom überlebenden Gatten nicht in die Erbtheilung einzuwerfen. Magd Frag. II. 1. d 3.

55) Vgl. Syst. Schöffenr. IV. 2. c. 32. Magd. Sch.-U. bei Wasserschleben S. 359. c. 7. — Ueber den Ersatz des Gerichtszeugnisses,

Befindet sich die Frau bereits im Besitz des Grundstücks und der Erbe verlangt die Herausgabe auf Grund seines Erbrechtes, so hat die Frau ihren Besitztitel anzugeben und selbsiebend zu erweisen. Der Erbe bestreitet zwar mittelst seiner Klage, dass die Frau an seinem Erbgrundstück ein Besitzrecht habe, er kann aber durch blosse Berufung auf sein Erbrecht ihren speziellen Besitztitel nicht brechen. Daher hat die Frau gemäss dem in den §§ 25. und 39. entwickelten Prinzip das Beweisrecht.

Magdeb.-Bresl. Recht v. 1261. § 14. *Wolte jeman der vrowen ir libgedinge brechen, sie behaldit iz wol mit manne und mit wiben, die dar zu jegenwarde waren, selbe sibende.*

Görlitzer Landr. 47. § 6 a. *Ein iegelich wib beheldit wol ir morgingave uf den heiligen, sie muz abir ir lipgegedinge mit geziuge behaldin*[56]).

Der Erbe kann die Herausgabe des Grundstücks daher nur fordern, wenn er beweist, dass der Ehemann nicht befugt war, der Frau die Leibzucht zu constituiren. Ein anschauliches Beispiel einer solchen Klage enthält das Schöffen-Urtheil bei Wasserschleben S. 386. c. 34[57]).

2) Ein Leibgeding an Capitalien ist der Morgengabe des städtischen Rechts nahe verwandt und beide Ausdrücke werden für Zuwendungen von Todes wegen unter Ehegatten

---

wenn Richter und Schöffen absterben, siehe Magdeburg-Breslauer Recht von 1261. § 17.

56) Das Stück von der Beweisung S. 365. gestattet der Frau hinsichtlich der Leibzucht, ihre Gewere mit Zeugen, ihren Besitztitel mit ihrem alleinigen Eide zu beweisen, in missverständlicher Anwendung der im Sachsensp. I. 20. ausgesprochenen Regeln. In Wirklichkeit sind es die von der rechten Gewere geltenden Grundsätze, die dem Verf. vorschweben und die er zu Gunsten der Frau in Anwendung bringt. Vergl. § 37. Note 112.

57) Die Klage wird allerdings abgewiesen, jedoch nur wegen der rechten Gewere, welche die Frau an ihrer Leibzucht erlangt hatte.

ohne scharfe Unterscheidung angewendet[58]). Ein solches Leibgedinge begründete ein Forderungsrecht der Wittwe an den Nachlass und die Klage zur Geltendmachung desselben ist demnach eine Klage um gelobte Geldschuld nach todter Hand, von der die bei Besprechung der gelobten Morgengabe entwickelten Regeln gelten. Gewöhnlich wurde die Forderung durch Pfandrechte gesichert[59]) und die Frau genoss alsdann den Vorzug vor gewöhnlichen Nachlass-Gläubigern und jüngeren Pfandgläubigern[60]).

Anhang.

§ 43. Prozesse um Grundstücke zwischen zwei Nichtbesitzern.

Mit Rücksicht auf die vorhergehenden Erörterungen werden wenige Bemerkungen genügen, um den in den Quellen bisweilen erwähnten Fall, dass beide Theile das Grundstück ohne Gewere ansprechen, zu behandeln.

Eine Klage auf Herausgabe einer Sache konnte nur gegen den Besitzer angestellt werden; der Regel nach konnte es daher nicht vorkommen, dass beide Theile der Gewere darbten, da alsdann kein Theil passiv legitimirt gewesen wäre. Bei einer Klage zwischen zwei Nichtbesitzern muss man an einen solchen Fall denken, dass ein bei dem Rechtsstreit selbst unbetheiligter Dritter das Grundstück detinirt und seine Verpflichtung, es herauszugeben anerkennt, während jeder der beiden Litiganten die Herausgabe von ihm fordert, so dass der Zweck des Prozesses nicht darin besteht, die Execution gegen

58) v. Martitz S. 343. fg.

59) Vgl. z. B. das Sch.-Urth. bei Wasserschl. S. 281. c. 144.

60) Uebrigens hatte die Frau wegen aller Zuwendungen, die ihr Mann von Todes wegen ihr gemacht hat, den Erben gegenüber auch ein Retentionsrecht an dem Hause und dem übrigen Nachlass ihres Ehemannes. Magd. Sch.-Urth. bei Neumann S. 145.

den Besitzer zu erlangen, sondern den Widerspruch eines andern Nichtbesitzers gegen die Herausgabe zu beseitigen. Dies ist z. B. der Fall bei Erbschaften, die der Richter sequestrirt, oder die in vorläufiger Detention der Wittwe oder der Hausgenossen des Verstorbenen sich befinden, wenn zwei verschiedene Personen hinsichtlich desselben Gutes Erbansprüche geltend machen; ferner bei Lehngütern, die als heimgefallen oder zeitweilig erledigt in der lediglichen Gewere des Herrn sind, wenn zwei verschiedene Personen mit denselben investirt zu werden verlangen; oder wenn zwei Personen ein Retractsrecht ausüben wollen und darüber streiten, wer näher berechtigt sei; oder wenn zwei Personen die Befugniss zur Einlösung eines Pfandgrundstücks sich zuschreiben u. drgl.

In solchen Fällen muss der oben dargelegte Grundsatz, dass der Nichtbesitzer den Besitz gewinnt, wenn er darthut, warum der Besitzerwerb des Gegners ihm gegenüber rechtlich hinfällig sei, analog auf beide Theile angewendet werden d. h. jeder Theil muss seinen Anspruch auf Einräumung des Besitzes materiell substanziren und dadurch darthun, dass sein Anspruch den des Gegners ausschliesst[1]. Wenn ein Theil ein stärkeres, näheres Recht behauptet, als der andere, so ist die Behauptung des letzteren in ihrem positiven Inhalte unerheblich; relevant ist sie nur als Bestreitung des vom Gegner behaupteten Rechts und nöthigt denselben daher, den Beweis für seine Behauptung zu erbringen. Das Beweisrecht hat daher stets derjenige Theil, welcher das bessere Recht behauptet.

---

1) Während des Prozesses bleibt das Grundstück im Besitze des gegenwärtigen Inhabers oder der Richter nimmt es in Sequestration. Sachsensp. III. 15. § 1. Ein Beispiel aus der Praxis bietet das in einem derartigen Rechtsstreit ergangene Decret des Königs Wenzel an die Stadt Lüneburg v. 1388 bei Sudendorf Urkundenb. Bd. VI. Nro. 196. S. 211. Vgl ebendas. S. 208. Z. 11 ff.

Die Entscheidung der Frage nun, welches Recht das nähere oder bessere sei, ist höchst einfach, wenn beide Theile gleichartige Rechte behaupten, unter denen eine bestimmte Rangordnung besteht. Stützen sich z. B. beide Theile auf ihre Erbansprüche, so ist nach den Regeln des Erbrechts zu entscheiden, welcher der nähere Erbe sei; verlangen beide Theile Ausantwortung eines Lehngrundstücks, so entscheiden die Grundsätze über die Lehnssuccessions-Ordnung, über die Kraft eines Gedinges, einer Wardung u. s. w., welcher Theil durch das von ihm behauptete Recht die Wirksamkeit des vom Gegner behaupteten Rechts ausschliesst. Ebenso ist die Rangordnung unter mehreren Retractsrechten gesetzlich fixirt. Gründen sie ihre Ansprüche auf gleichartige Rechtsgeschäfte (Veräusserungen, Satzung u. dgl.), so entscheidet in der Regel die Priorität. Behaupten beide Theile aber gleich gute Rechte und sind ihre thatsächlichen Behauptungen zugestanden oder erwiesen, so muss das Grundstück entweder unter sie getheilt oder von ihnen gemeinschaftlich in Besitz genommen werden, oder der Lehnsherr entscheidet nach freiem Belieben zu Gunsten eines unter mehreren gleich nahen Lehnserben, der dann die andern abfinden muss.

Sind jedoch die Ansprüche beider Theile ungleichartig, so zu sagen incommensurabel, so dass ein Rangverhältniss unter denselben nicht besteht, sondern jeder den anderen ausschliesst, und kann kein Theil durch Angabe concreter Thatsachen die Hinfälligkeit des vom Gegner sich zugeschriebenen Rechts darthun, so entscheiden ganz positive, auf Präsumtionen oder blosser Willkühr beruhende Rechtssätze über den Vorzug. Insbesondere hat nach Sachsenspiegel II. 43., Richtsteig Landr. 27. § 1. die Behauptung, dass ein Grundstück allodial sei, den Vorzug vor der Behauptung, dass es ein Lehngrundstück sei, wenn der Allodialerbe und der Lehnserbe um das-

selbe vor dem Landrichter streiten[2]); und die Forderung auf Grund des Erbrechts hat den Vorzug vor dem Anspruch auf Grund eines, bei Lebzeiten des Veräusserers nicht erfüllten Veräusserungsgeschäfts. Andererseits hat im Lehnsgericht der Ritterbürtige den Beweisvorzug vor einem Gegner, der nicht heerschildsfähig ist, wenn beide das Gut „*gelike*" ansprechen[3]).

Solche Rechtssätze haben nur die Bestimmung, ausnahmsweise und im äussersten Falle einzutreten, um Collisionen von Rechtsansprüchen zu lösen[4]); sie sind daher nicht geeignet, um aus ihnen die Grundprinzipien des Deutschen Klagen- und Beweissystems abzuleiten[5]).

---

2) Auch in anderer Beziehung ist die Präsumtion für die allodiale Qualität eines Grundstücks rechtlich anerkannt. Wenn z. B. ein Prozess um ein Grundstück in dem Landgerichte des Ortes anhängig gemacht ist, der Verklagte dagegen die Einrede der Incompetenz erhebt, weil er das Grundstück nach Lehnrecht besitze und der Prozess vor die Lehnscurie gehöre, so gilt das Landgericht als competent, wofern nicht der Verklagte den Beweis für die Lehnsqualität erbringt. Magd. Sch.-Urth v. 1421 bei Neumann Weisth. Nro. 7.

3) Sächs. Lehnr. 2. § 4. Vgl. Urth. aus dem Ende des XIV. Jahrhunderts bei Wigand Denkwürd. Beiträge S. 199. 200. Nro. 21.

4) Dass man auch die durch Sachsenspiegel II. 43. § 1. ausgesprochene Präsumtion in der Praxis ausser Acht liess und dafür die Umsassen um das wirkliche Sachverhältniss befragte, bezeugt die oben S. 226 mitgetheilte Urk. von 1307.

5) Auf ihnen zumeist beruht die verbreitete Theorie von der sogen. Relativität der dingl. Klage des Deutschen Rechts.

Druck der Universitäts-Buch- und Steindruckerei von E. J. Dalkowski in Königsberg.

